This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HARVARD LAW LIBRARY.

Received

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Sammlung

von

Erkenntnissen und Entscheidungsgründen

des

Ober-Appellations-Gerichts

zu Lübeck

in Hamburgischen Rechtssachen,

nebst

den Erkenntnissen der unteren Instanzen.

Neue Folge,

Erkenntnisse aus der Zeit vor dem Jahre 1843 enthaltend.

1sten Bandes 1ste Abtheilung.

1840 — 1842.

Hamburg, 1855.

In Commission bei Perthes = Besser & Mauke.

Gedruckt bei J. A. Wagener.

Digitized by Google

Rec. July 25, 1901

Digitized by Google

Inhalts-Uebersicht.

1. Allgemeineres.

Bestehende Modificationen des bisherigen Rechtes dauern fort, wenngleich in neueren Gesetzen die allgemeinen Grundsätze des letzteren, ohne jener Modificationen Erwähnung zu thun, ausgesprochen werden. S. 205. Eine Praxis, welche gesetzwidrig ist, oder auf rechtlich bedenkliche Folgen hinführt, darf vom Richter nicht beachtet werden. S. 98.

Im Verhältnisse zu Ausländern ist das Reciprocitäts-Princip vom Richter zur Anwendung zu bringen. Angewendet, bei der Frage nach der Wirkung auswärtiger Concurse auf einheimische Rechtsverfolgung, so wie in Arrestfällen. S. 114. Das Englische Recht macht keinen Unterschied zwischen Englischen und auswärtigen Fallitmassen, oder zwischen Englischen und auswärtigen Arrest-Impetranten. S. 115.

Unverbindlichkeit allgemeiner Zusagen. („Eine Sache auf zufrieden stellende Weise abmachen zu wollen.") Unter Umständen kann das arbitrium boni viri entscheiden. S. 27.

Erkundigungspflicht bei Verträgen. S. 21.

Irrthum in den Beweggründen; über die Substanz des Vertragsobjectes. S. 235.

„Chikaniren." S. 168. Beweis des dolus. S. 34. 167.

Eine versio in rem hat nicht Statt, wo eine, wenngleich noch so unsichere Schuld ausgeglichen wird. S. 89.

Im Zweifel ist anzunehmen, daß Verbindlichkeiten auf die Erben übergehen. S. 217.

2. Aus dem Civilrechte.

Dingliche Rechte. Besitz. Vindication beweglicher Sachen nach hamburgischem Rechte. Abgetrogene Sachen. Nur derjenige dritte Besitzer, welcher außer mit gutem Titel auch bona fide erworben hat, wird durch die betreffende statutarische Bestimmung geschützt. Auf welchen Zeitpunkt es bei der bona fides ankomme? S. 34. Tradition durch Übergabe der Schlüssel, S. 88, der das Eigenthum nachweisenden Documente. S. 138. 139. Eigenthumsübertragung an Schiffen. S. 139.

Digitized by Google

Irrelevanz, ob der Besitzübertragende berechtigt war. S. 88. Besitzentsetzung durch Beseitigung eines vom Besitzer angebrachten Schlosses. Unter Umständen Selbsthülfe auch im Falle der Besitzentsetzung in Betreff beweglicher Gegenstände. Der Miether eines Gebäudes ist befugt, die dem Eigenthümer zuständigen Schutzmittel des Besitzes anzuwenden. Besitz durch Mittelspersonen. S. 89.

Chikaneuses Verbauen. Wann solches anzunehmen ist? Beweisführung in Betreff desselben. S. 167.

Das deutsch-rechtliche Princip der Öffentlichkeit in Betreff der Liegenschaften wird wesentlich in Beziehung auf das Eigenthum, nicht auch in Beziehung auf dingliche Specialrechte angewendet. S. 173. Die hamburgischen Verlassungen tragen jetzt nur noch eine scheinbare Öffentlichkeit an sich. S. 177. 182. Beweiskraft der Eintragungen in die hamburgischen Erbe- und Rentenbücher. Gegenbeweis gegen das in der Zuschreibung eines Hypothekpostens liegende Schuldbekenntniß. Der erste Erwerber eines Postens wird nicht minder geschützt, als die ferneren Erwerber. Eintragungen kurz vor Fallissemente genießen desselben Schutzes. S. 239.

Die eigentlichen Servituten werden im jetzigen Rechte als römisch-rechtliche Institute behandelt. S. 172. Servitutes discontinuae. S. 181. Servitus itineris schließt die Befugniß ein, Gegenstände über das praedium serviens zu tragen. Umfang dieser Befugniß. S. 165. Servituten pflegen nicht in die öffentlichen Bücher eingetragen zu werden. S. 181. Nothwendigkeit der Anzeige in Betreff der Servituten bei öffentlichen Verkäufen der dienenden Grundstücke, S. 173. 182, nicht aber bei den auf Privatverkäufe folgenden Verlassungen. Auch vor der im Jahre 1802 geschehenen Aufhebung der Impugnationen bestand keine solche Nothwendigkeit. Der Verkäufer eines Grundstücks ist wegen nachmals sich zeigender Servituten, welche nicht etwa verschwiegen, noch deren Abwesenheit zugesagt worden ist, im Falle der Eviction nur in beschränktem Maaße dem Käufer verantwortlich. S. 178.

Pfandrecht des Vermiethers an den Illatis des Miethers nach älterem und dermaligem Rechte. S. 58. Der Pfandgläubiger büßt sein Pfandrecht ein, wenn er ohne Vorbehalt den öffentlichen Verkauf des Pfandes geschehen läßt. S. 178.

Familienrecht. Erbrecht. Verpflichtung der unbeerbten Wittwe zur Errichtung eines Inventariums. Zwangsmittel der Verwandten des verstorbenen Ehemannes. S. 146.

Wann tritt das Recht der Kinder erster Ehe ein, von der Wittwe und den Kindern der zweiten Ehe ihres Vaters Theilung

Digitized by Google

des väterlichen Nachlasses zu verlangen. Bei solcher Theilung hat die Wittwe keinen Kopftheil in Anspruch zu nehmen. Aeltres hamburgisches Recht in Betreff der Abtheilung der Kinder. Lübeckisches Recht und verwandte Stadtrechte. S. 220. 221.

Worauf beruhet die Alimentationspflicht des Erzeugers in Betreff der liberi naturales? — Diese Pflicht geht auf die Erben über. Die Exceptio plurium constupratorum ist selbst dann unwirksam, wenn die Mutter des Kindes corpore quaestum fecit. S. 212.

Auch Derjenige, welcher neben Erbgut erworbenes Vermögen besitzt, kann bis 5 Procent vom Erbgute ad pias causas testiren. Aeltres Recht. Die hiebei gehegten Motive des Testirers sind irrelevant. Legata poenae nomine relicta. S. 4. Deutsch-rechtliche Auffassung der Stellung des Testaments-Vollstreckers. Die Liquidations-Befugniß des Zehnten-Amtes dauert in Betreff der Betheiligung auswärtiger Erben selbst nach rechtskräftig festgestellter heredum declaratoria in gewissem Maaße fort. S. 81.

Obligationenrecht. Ausschluß der Einwendungen gegen eine verkaufte und empfangene Waare nur insofern, als eine Untersuchung der letzteren Statt finden konnte. S. 153. Da, wo wegen der Qualität Zusagen geleistet worden sind, findet keine Verpflichtung zur Untersuchung der Waare Statt. Daß der gekaufte Gegenstand in fernere Hände übergegangen ist, schließt die Reclamation wegen fehlerhafter Qualität nicht aus. Dem Verkäufer geht das Recht, Redhibition zu verlangen, verloren, wenn der Käufer sich des Besitzes des gekauften Gegenstandes bona fide entäußert hat. — Umfang der Verantwortlichkeit des Verkäufers resp. bei der actio quanti minoris und beim dictum et promissum. Die sechs, resp. zwölf Monate der actio redhibitoria und quanti minoris sind tempora utilia. S. 154. Findet die vereinbarte Quantität des Verkaufsobjectes sich nicht vollständig vor, so tritt Minderung des Kaufpreises ein, wenn derselbe auch nicht ad pondus vel mensuram bestimmt worden sein sollte. So auch beim ädilitischen Edicte. S. 235. (Eviction, siehe oben bei Servituten.)

(Miethcontract, siehe oben beim Pfandrechte, unten beim Prozeßrechte und beim Concursrechte.)

Das Erlöschen der Rechtsfähigkeit des Mandanten (durch Tod, Concurs u. dgl.) macht die von jenem Zeitpunkte an vorgenommenen Handlungen des Mandatars wirkungslos, gleichviel ob derselbe Kunde von jenem Ereignisse hatte oder nicht. S. 139.

Der Mandant ist nur so weit aus Handlungen des Mandatars verantwortlich, als der dem letzteren ertheilte Auftrag reicht. S. 89.

Digitized by Google

Verkauft der Commissionair unter Limitum, so kann der Committent in der Regel den limitirten Preis vom Commissionair verlangen, unbeschadet der von letzterem zu liefernden Beweisführung, daß dem Committenten kein Schaden durch den auftragswidrigen Verkauf entstanden sei. Diese Beweisführung ist den Umständen nach zu erleichtern. S. 51.

Was zur Begründung der Spolienklage gehöre? S. 88.

Wer den Versorger tödtet, ist zur Alimentation der Versorgten verpflichtet. S. 218.

Derjenige, mit dessen Signatur ein Falsarius Mißbrauch getrieben hat, präjudicirt sich im Verhältnisse zu dem Beschädigten nicht, wenn er das Verbrechen denunciirt. S. 27.

Können nach hamburgischem Rechte Verzugszinsen (abgesehen von Wechselschulden) allgemein erst vom Tage der angestellten Klage und nicht auch schon vom Tage des außergerichtlichen Verzuges gefordert werden? S. 204. Wer ein besonderes, das Maaß der gesetzlichen Verzugszinsen übersteigendes Interesse geltend machen kann, wird damit zugelassen. S. 205. Usurae ultra alterum tantum? S. 202.

3. Aus dem Assecuranzrechte.

Abandon wird im hamburgischen Assecuranzrechte nur ausnahmsweise gestattet. Dasselbe kennt keinen fingirten (constructiven) Total-Verlust. S. 184. „Condemnation" eines Schiffes. S. 190. Verkauf eines Schiffes im Zwischen- oder Nothhafen. Was heißt „verkauft werden muß" im § 5 der Bedingungen von 1800? S. 184. Welcher Werth des Schiffes (im reparirten Zustande) ist bei der Frage über die Condemnation zu veranschlagen: der Werth am Wohnort des Rheders (meistens auch Assecuranztaxe), oder der Werth am damaligen Aufenthaltsorte des Schiffes? S. 199. Da, wo es in Havariefällen an öffentlich admittirten Sachverständigen fehlt, hat der Schiffer „durch kundige Leute beeidigte Attestate aufnehmen zu lassen." S. 198.

Es bedarf nicht allein absoluter, sondern auch relativer Seetüchtigkeit. Unter welchen Umständen darf die Einrede der See-Untüchtigkeit dem versicherten Ladungs-Interessenten opponirt werden. S. 41.

Bestimmungsort eines Schiffes. S. 184. „Via." S. 194.

Bedeutung der Clausel: „Jede Reise trägt ihre eigene Havarie." S. 184.

Der Abzug von einem Dritttheil wegen neu für alt fällt weg, wenn das Schiff verkauft werden muß und deshalb nicht reparirt wird. S. 184.

Digitized by Google

„Stoßen." Ein Schiff hat nicht gestoßen, wenn ein Erdbeben stoßweise auf das Wasser und dadurch auf das Schiff wirkt. S. 201.

Einrede der übersetzten Taxe. Gehörige Substanzirung derselben. Beweislast. S. 41. 185.

Connossement dient in gewöhnlichen Fällen als ausreichendes Beweismittel für die Verladung, salva reprobatione. S. 42.

4. Aus dem Seerechte.

Die Rechtsgrundsätze in Betreff des Eigenthumsüberganges an Schiffen weichen von den allgemeinen Regeln nicht ab. Rechtsfall hierüber. Englisches Recht. S. 139.

Gesetzliches Pfandrecht an Schiffen. Begründung desselben. S. 20.

Unter welchen Voraussetzungen wird der Rheder (resp. das Schiff) aus Verträgen u. s. w. eines Schiffers obligirt, der nicht von ihm selbst, sondern von einem Miether des Schiffes demselben vorgesetzt worden ist? — Englisches Recht. S. 20.

Der Schiffer, welcher als solcher Verbindlichkeiten eingeht, ist dem andern Contrahenten persönlich nicht verantwortlich. S. 21.

5. Aus dem Prozeßrechte.

Jeder Richter ist befugt, über seine Competenz selbst zu erkennen. Eine hiebei abgegebene unrichtige Entscheidung ist sententia iniusta, nicht nulla. S. 75. — Das Ober-Appellationsgericht ist seinem Wesen nach nur Gerichtsbehörde. S. 74. Wie in hamburgischen Ehescheidungssachen selbst, so ist das Ober-Appellationsgericht auch in Betreff der bei denselben vorkommenden Nebenpunkte incompetent. Ausnahmen bilden nur die „privatrechtlichen Punkte" des § 14 der Appellabilitäts-Verordnung. Was darunter zu verstehen sei? S. 14. In hamburgischen Criminalsachen können Nichtigkeitsbeschwerden allgemein gegen Erkenntnisse des Obergerichtes an das Ober-Appellationsgericht gebracht werden. S. 65. Competenz der Prätur resp. des Niedergerichtes für Klagen aus Miethcontracten. S. 74. Welche Einreden dürfen Miethe-Klagen opponirt werden? Völliger Ausschluß des Suspensiv-Effectes der Ober-Appellation in Miethesachen. S. 75.

Prävention. S. 75.

Wo Verdacht chikaneusen Verfahrens vorhanden ist, kann der Calumnien-Eid verlangt werden. S. 168.

Glaubhafte Nachweisung, im Gegensatze zum streng geführten Beweise. S. 51. 128. Zur Beweis-Antretung in Betreff der Ein-

Digitized by Google

reden kann der Beklagte erst nach gelieferten Klägerischen Hauptbeweise genöthigt werden. S. 48. Wenn zur Entkräftung von Gegenbeweismitteln Beweisstücke beigebracht werden, so ist dies keine unzulässige reprobatio reprobationis. S. 129.

Die Editionspflicht des Klägers erstreckt sich auch auf die von dem Beklagten zu selbstständigen Beweisen zu benutzenden Urkunden. — Unter Umständen können auch solche Urkunden gefordert werden, die sich in der Detention eines Dritten befinden. Da, wo es auf die Beurtheilung des Originals ankommen kann, reicht die Lieferung einer beglaubigten Abschrift nicht aus, z. B. bei Schiffs-Journalen. S. 41. Die Ächtheit einer Urkunde kann unter Umständen aus der Beschaffenheit ihres Inhaltes nachgewiesen werden. S. 130. Atteste an sich glaubwürdiger Personen bedürfen nicht immer der eidlichen Bekräftigung, um beweistüchtig zu sein. S. 129.

Der Commis, welcher von seinem Principal nicht beköstigt wird, ist ein zulässiger Zeuge. Bedeutung des „in Kost und Lohn." S. 32. Ablehnungsrecht der Geschwister in Betreff der Zeugnißablegung. Grenzen desselben. Wiedereintritt der Zeugnißpflicht. S. 206. Gleich nahe Verwandtschaft eines Zeugen mit beiden Parteien tilgt den Mangel der Glaubwürdigkeit. S. 206. (Neue Zeugen, siehe unten.)

Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel. S. 130.

Im künstlichen Beweise kann unter Umständen auch solchen Indicien Werth beigelegt werden, die an sich nicht vollständig bewiesen sind. S. 113.

Proclamata. Präclusiv-Sentenzen. Grund der präcludirenden Wirkung derselben. Letztere tritt erst nach Ablauf des decendii ein. In wie weit ist in integrum restitutio gegen die Präclusion zulässig? Innerhalb welcher Frist ist auf letztere anzutragen? S. 16.

Ordinarium, summarium. Collision von Klagen aus einem und demselben Fundamente in verschiedenen Prozeßarten. S. 76.

Provisorische Anordnungen im summarischen Verfahren auf einseitiges Anrufen. Hiebei dürfen die bestehenden Formen des Prozeßganges nicht wesentlich verletzt werden. Nichtigkeitserklärung im Falle einer solchen Verletzung. S. 146. Insbesondere darf nur ausnahmsweise ohne Gehör des Beklagten vorgeschritten werden. S. 150 a. E. Präsidial-Verfügungen im Niedergerichte und Handelsgerichte. S. 147. Zu ersteren gehören Zahlungsbefehle in Advocatursachen und Bauverbote. S. 151.

Der Arrest-Impetrant unterliegt einer streng zu behandelnden Verantwortlichkeit. Dies zeigt sich z. B. bei dem Kosten-Punkte. S. 147. Englisches Arrest-Verfahren. S. 115.

Digitized by Google

Erklärungen der Parteien in Vergleichs-Commissionen dürfen nach der Vorschrift der hamburgischen Statuten bei der Urtheilsfällung nicht berücksichtigt werden. S. 154

Erkenntnisse sind im Zweifel ex jure zu interpretiren. S. 171. 245.

„Berufung" S. 70. Der Oberrichter hat Dasjenige selbst auszusprechen, was der Unterrichter zu erkennen gehabt hätte. Vorschrift des hamburgischen Particularrechtes über Remission in gewissen Fällen. S. 185 Beneficium novorum in appellatorio im hamburgischen Rechte. Auslegung des § 73 des J. R. A. S. 109 Neue Zeugen in appellatorio selbst post apertos rotulos. S. 207. Nothwendigkeit näherer Angaben über die Veranlassung und Entschuldbarkeit des verspäteten Vorbringens. Verwerfung desselben, wo genügende Angaben fehlen. S. 109.

6. Aus dem Concursrechte.

Da, wo die Falliten-Ordnung etwas am Statutar-Rechte geändert hat, ist dies in derselben immer angegeben. S. 103. Wirkung des Concurs-Eintrittes, S. 97, wenn nach demselben bona fide dem Falliten gezahlt, wenn eine Anweisung desselben honorirt ist. S. 98. Das Recht der Besitz-Ergreifung, vorkommenden Umständen nach die Möglichkeit des Eigenthums-Erwerbes, erlischt. S. 139. Bei insolventen Verlassenschaften findet der Concurs-Eintritt schon bei dem Tode des notorisch insolvent Verstorbenden, eventualiter dann Statt, wenn die Insolvenz kundbar wird. S. 97.

Von einem nachmaligen Falliten geschlossene Miethcontracte sind außerordentlicher Weise nur dann kündbar, wenn der Fallit Miether war; in diesem Falle aber von beiden Seiten. S. 58.

Quittungen und Schuldbekenntnissen, welche augenscheinlich mit Rücksicht auf ein bevorstehendes Fallissement zu Gunsten eines Andern ausgestellt sind, versagt die Praxis Beweiskraft. S. 239.

Digitized by Google

Digitized by Google

Erkenntnisse und Entscheidungsgründe aus dem Jahre 1842.

Digitized by Google

Digitized by Google

1.

Gustav Schmidt, später **Franz Heinrich Schlüter**, als ältester Provisor des Allgemeinen Krankenhauses, Intervenient, gegen **Catharina Elisabeth** geb. **Söhle**, verwittwete **Grape** cum cur. et **Consorten**, Interventen ad causam der Letzteren, Profitenten, gegen **Conrad Friedrich Stockmann**, als Testamentsvollstrecker defunctae **Susanna Catharina** geb. **Millich**, verwittweten **Müller**.

Erbgut. Verfügung über einen Theil desselben zu frommen Zwecken. Rechtsfall: Eine Testirerin, welche Erbgut und gewonnenes Vermögen besaß, gab in ihrem Testamente das erstere auf Bco.-ℛ 15,000 an, verfügte über das gewonnene Vermögen zu Gunsten dritter Personen und erklärte in Betreff des Erbgutes, daß, wenn ihre Intestaterben mit der von ihr darüber gemachten Angabe nicht zufrieden sein und Ansprüche auf Ermittelung eines größeren Erbgutsbelaufes geltend machen würden, dem Allgemeinen Krankenhause fünf Procent des ermittelten Gesammtbelaufes (aus dem Erbgute) legirt sein sollten. — Die Erben erhoben gegen die erwähnte Angabe Widerspruch. — Nach einigen gerichtlichen Verhandlungen wurde der Erbgutsbelauf in einem gerichtlich geschlossenen Vergleiche auf Bco.-ℛ 18,000 bestimmt. — Das Allgemeine Krankenhaus nahm nunmehr kraft jenes Legates Bco.-ℛ 900 in Anspruch. — Die Erben verweigerten die Auszahlung, weil der Art. III. 2. 2. des Statuts nur da Anwendung leide, wo kein gewonnenes Vermögen vorhanden sei. — Das Niedergericht entschied für die Erben; das Obergericht und Ober-Appellations-Gericht entschieden für die Krankenhaus-Verwaltung.

Digitized by Google

— — Nach ältestem hamb. Recht waren Verfügungen auch zu Gunsten frommer Zwecke nur vom gewonnenen Gute gestattet. — Später wurden unter gewissen Beschränkungen und mit Consens der nächsten Erben Verfügungen dieser Art auch vom Erbgute für zulässig erklärt. — Das jetzige Recht, welches auch ohne der nächsten Erben Consens Gaben ad pias causas bis zu fünf Procent des Erbgutsbelaufes statuirt, gründet sich auf den Receß und das Statut von 1603.

— — Rechtfertigung aus der Entstehung und der Fassung des Art. III. 2. 2., so wie aus der Vergleichung mit Art. III. 1. 12., daß auch derjenige Testator, welcher gewonnenes Vermögen besitzt, von der Erlaubniß des neuen Statutes Gebrauch machen kann.

— — Daß in dem streitigen Falle das Motiv der Testirerin nicht in der Förderung frommer Zwecke beruhet hatte, sondern auf Nöthigung ihrer Erben zur Nicht-Anfechtung der Erbguts-Angabe gerichtet gewesen war, wurde für rechtlich folgenlos erklärt.

Legata poenae nomine relicta. Das hamb. Recht weicht in Betreff dieses Gegenstandes vom gemeinen Rechte nicht ab.

---

1. Niedergerichtliches Erkenntniß
vom 3. Juli 1840.

Erkannt:

da nach dem Sinne und dem ganzen Zusammenhange des in Hamburg geltenden Erbgutsrechts die Erbgüter den nächsten Erben möglichst vollständig und ungeschmälert hinterlassen werden müssen, und deshalb eine Bestimmung, wie die in Art. 2, tit. 2, P. III. Stat. enthaltene, strict interpretirt werden muß; da nun in allen Fällen, wo außer dem Erbgut noch wohlgewonnene Güter vorhanden, die ratio jenes Artikels, daß es dem auch nur Erbgut Besitzenden doch freistehen solle, seinen Wohlthätigkeitssinn zu befriedigen, wegfällt, und namentlich in einem Falle, wo noch andere Legate hinterlassen sind, keine legata ad pias causas von dem Erbgute angeordnet werden können; da nun in dem vorliegenden Testamente eine solche Bestimmung um so unzulässiger erscheint, als nicht in jedem Falle dem Krankenhause ein Legat

Digitized by Google

hinterlassen, sondern nur dann, wenn die Erbgutsberechtigten eine ihnen rechtlich immer zustehende Befugniß, das Erbgut genau auszumitteln, ausüben würden; da diese Bestimmung aber, die unrechtmäßiger Weise zum Nachtheile der Intestaterben gemacht worden, nach dem deutlichen Willen des Testamentes nicht dem gerade dadurch begünstigt werden sollenden Testamentserben und dem wohlgewonnenen Gute zur Last gebracht werden kann,

daß Intervenient mit dem erhobenen Anspruch abzuweisen, die Kosten des Rechtsstreits aber zu compensiren seien.

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 5. Februar 1841.
(Auf intervenientische Appellation.)

Erkannt:

da von der engeren oder weiteren Interpretation eines Gesetzes nur dann die Rede sein kann, wenn eine solche, durch eine im Gesetze sich findende Undeutlichkeit, Unvollständigkeit, Zweideutigkeit, oder durch Inconsequenz und Widersprüche, welche sich daraus in Beziehung zu anderen gesetzlichen Verordnungen oder zur Natur der Sache entwickeln, nothwendig wird, in Entstehung Dessen aber das Gesetz gerade so angewandt werden muß, wie es der Wortverstand mit sich bringt; — da nun das hier in Frage stehende Gesetz, nämlich Art. 2, Tit. 2, P. III. Statutorum, eine ganz klare, ununwundene Vorschrift dahin enthält: daß Jeder von Erbgütern den 20. Pfenning zu Gottes Ehren und ad pias causas legiren könne; von einer Beschränkung auf den Fall, wo nur Erbgut und kein wohl gewonnenes Gut vorhanden, oder von einer Rücksicht auf anderweitig ausgesetzte Legate aber nirgend eine Andeutung zu finden ist; jene Vorschrift auch aus der ganz einfachen Absicht des Gesetzgebers, daß die große Bevorzugung der Intestat-Erben hinsichtlich der Erbgüter wohl für einen verhältnißmäßig geringen Antheil

Digitized by Google

zu Gunsten frommer und wohlthätiger Zwecke limitirt werden möge und es billig sei, dem Besitzer, welcher nach andern Rechtsverfassungen eine viel freiere Verfügung hat, in obiger Beziehung ein beschränktes Dispositionsrecht einzuräumen, leicht und ungezwungen sich erklären läßt; da ferner auch die Bedingung, unter welcher den Intestat-Erben die Entrichtung des Legats aufgelegt worden, um so weniger etwas Unrechtes enthält, als ihnen dadurch die Verfolgung ihres Rechtes auf Ausmittelung des ganzen Belaufs der Erbgüter keineswegs verwehrt, sondern nur davon ein Injunctum abhängig gemacht ward, welches die Testatricin auch unbedingt ihren Erben aufzulegen berechtigt war,

da endlich diese Bedingung allerdings eingetreten, indem die Erben ihre Ansprüche auf das Erbgut gerichtlich geltend gemacht haben, und es nicht weiter darauf ankommt, ob in Folge dessen das Quantum durch definitiven Richterspruch oder durch vergleichsmäßige Festsetzung bestimmt worden;

daß das niedergerichtliche Erkenntniß a quo vom 3. Juli 1840 wieder aufzuheben und dahin, wiewohl unter Compensation der Kosten beider Instanzen, zu reformiren:

daß dem intervenientischen Allgemeinen Krankenhause das in Anspruch genommene Legat von fünf pro Cent von dem, ausweise der Acten zu Bco. ℳ 18,000 —„ festgesetzten Belauf der Erbgüter, mithin ein Betrag von Bco. ℳ 900 —„ zuzusprechen sei.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß
vom 31. Januar 1842.
(Auf interventische Appellation.)

Erkannt:

daß zwar die Förmlichkeiten der eingewandten Appellation für gewahrt zu achten, Materialien anlangend aber, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 5. Februar 1841, wie hiemit

Digitized by Google

geschieht, wiewohl unter Vergleichung der Kosten dieser Instanz, lediglich zu bestätigen sei; und wird die Sache nunmehr an das Niedergericht verwiesen.

Entscheidungsgründe.

Die Einwendungen, welche von den Appellanten gegen die Entrichtung des von ihrer Erblasserin dem Allgemeinen Krankenhause zu Hamburg ausgesetzten Legats, von fünf pro Cent ihres Erbguts, vorgeschützt worden sind, beruhen auf folgenden drei Gründen:

I. es fehle an dem Eintritte der dem Legate hinzugefügten Bedingung.

II. das Legat sei ungültig, weil die Testirerin auch wohlgewonnenes Gut besessen nnd über dieses anderweitig verfügt habe;

III. jedenfalls habe das Legat nicht unter der demselben hinzugefügten Bedingung gültigerweise hinterlassen werden können.

Allein keiner dieser Gründe kann für haltbar erachtet werden. So viel nämlich

ad I. den Eintritt der im Testamente hinzugefügten Bedingung:

daß die Intestat-Erben sich mit dem von der Erblasserin auf 15,000 Bco.ℒ festgestellten Belauf ihres Erbguts nicht zufrieden erklären, vielmehr ihre Ansprüche auf dasselbe gerichtlich geltend machen, und dessen Belauf solchergestalt ermittelt werden würde,

anbelangt, so hat es zwar seine Richtigkeit, daß ein gerichtliches Erkenntniß, wodurch über den wahren Belauf des Erbguts entschieden worden wäre, nicht ergangen ist, indem die nachträgliche Erhöhung desselben auf 18,000 Bco.ℒ vielmehr nur durch einen gerichtlich vermittelten Vergleich vom 16. Januar 1840 erfolgt ist. Allein nichts desto weniger haben doch die Intestat-Erben ihre Ansprüche auf einen höheren Belauf des Erbguts durch eine gerichtliche Profession geltend

Digitized by Google

gemacht und dabei die Richtigkeit der eigenen Angabe der Testirerin bestritten; ja sie haben sogar ein förmliches Beweis-interlocut vom 4. November 1839 über diesen streitigen Punct veranlaßt, und in Folge hievon ist der Belauf des Erbguts durch einen unter gerichtlicher Vermittelung geschlossenen Vergleich festgesetzt worden. Dadurch war aber die Bedingung des Legats vollständig eingetreten, und es stand nicht mehr in der Macht der Erben, den Legataren ihr wirklich eingetretenes Recht durch die bei Gelegenheit des Vergleichs gemachte Erklärung wieder zu entziehen, daß sie ihre Ansprüche zurücknehmen.

Zweifelhafter könnte ad II. die Rechtsfrage erscheinen, im welchem Umfange der hier allein in Betracht kommende

Art. 2. P. III. Tit. 2 der Hamburger Statuten

die Vermächtnisse über den zwanzigsten Theil des Erbguts zu Gunsten frommer Stiftungen gestattet habe; ob unbedingt, oder ob nur für den Fall, daß kein wohlgewonnenes Gut von gleichem Belaufe vorhanden sei.

Bei dieser Frage ergiebt nun zunächst die historische Übersicht der Hamburgischen Gesetzgebung Folgendes:

1. In den älteren Hamburger Statuten,
   v. J. 1270, VI. 7.
   „ „ 1292, E. 16.
   „ „ 1497, I. 18.

war die Befugniß zu testamentarischen Verfügungen auch zu Gunsten frommer Zwecke überall nur auf das wohlgewonnene Gut beschränkt.

2. In den Recessen vom Jahre 1483, Art. 13, und von 1529, Art. 26, wurden auch Vergabungen vom Erbgut gestattet, jedoch nur sofern solches mit Bewilligung der Erben geschähe, und dabei ward zu Gunsten der Gotteskasten, der Unterhaltung der Armen und des Gottesdienstes nur eine generelle aber sehr unbestimmte Clausel hinzugefügt,

Bartels Hamburgische Grundgesetze. Supplement-Band (III.) 1825. Seite 18, 60.

Digitized by Google

3. Erst bei den Verhandlungen vom Jahre 1603 wurde durch die zur Revision des Recesses und des Stadtrechts verordneten Hundert-Männer die jetzt in Frage stehende Vorschrift veranlaßt, und zwar als eine beschränkende Clausel zu der sonst erforderlichen Bewilligung abseiten der Intestat-Erben, indem jene Hundert Männer grade an dieser Stelle in den Art. 26 des Recesses die Worte einschoben:

„uthgenamen tho Gottes Ehr und Underholdinge der Armen mag einer, woferne he will, ock ahne der Erven Volbordt, den twintigsten Penning von Erfgudern und nicht mehr geben,"

worauf sie unter Beziehung hierauf, auch einen entsprechenden Zusatz in den neuen Statuten verlangten.

S. die neueste Ausgabe der Statuten vom Jahre 1842. Seite 448.

4. In Folge hievon ist denn der ganz neue Art. 2, Stat. P. III. Tit. 2 dahin gefaßt worden:

„Wiewol aber nach dieser Stadt Recht Niemand von Erbgütern zu testiren bemächtigt, so lassen wir doch zu, daß ein jeglicher den zwanzigsten Pfenningvon solchen Erbgütern zu Gottes Ehren und ad pias causas legiren möge;"

und während bei der endlichen Redaction des Recesses der Art. 26 des früheren Recesses von 1529 ganz weggelassen wurde, ist doch bei dem Art. 30 desselben — dem Art. 14 des Recesses von 1603 — eine Verweisung auf die neu hinzugefügte Vorschrift des Stadtrechts eingeschaltet worden.

Aus diesen historischen Thatsachen lassen sich aber folgende, zur Interpretation des Gesetzes völlig genügende Puncte mit Sicherheit ableiten:

1. In dem Antrage, welcher den fraglichen Artikel veranlaßt hat, war durchaus keine Beschränkung auf den Fall enthalten, daß der Erblasser durch den Mangel am wohlgewonnenen Gute ganz verhindert sein würde, anderweitig etwas an milde Stiftungen zu vergeben; sondern es sollte ganz allgemein auf den Widerspruch oder die Zustimmung der Erben dabei nichts ankommen, wenn nur der Erblasser

Digitized by Google

ein gewisses, nach der Größe des Erbguts wechselndes Quantum nicht überschritten hatte. Eben dies folgt aber auch

2. aus der ganz allgemeinen und unbeschränkten Fassung des neu beliebten Gesetzes selbst. Denn nur durch eine restrictive, dem Wortlaute des Gesetzes widersprechende Erklärung würde der fragliche Artikel auf den Fall eines Mangels an wohlgewonnenem Gute beschränkt werden können; hierzu würde es aber einer klaren, diese Beschränkung rechtfertigenden ratio legis bedürfen, während doch unter den wirklich vorliegenden Umständen die überwiegende Wahrscheinlichkeit vielmehr dafür spricht, daß die Gesetzgeber von einem mit der unbeschränkten Fassung ganz übereinstimmenden Motive geleitet worden seien. Der Grundsatz hingegen, daß correctorische Gesetze stricte zu interpretiren sind, kann hier gar nicht zur Anwendung kommen, weil die weitere oder engere Interpretation nur bei zweideutig gefaßten Gesetzen eintritt, hier aber nach der wörtlichen Fassung des Artikels eine Zweideutigkeit überall nicht vorliegt.

3. Noch weniger würde sich die Annahme einer beschränkten Absicht der Gesetzgeber mit der Fassung des Recesses von 1603 vereinigen lassen, indem sich hier die Verweisung auf den Art. 2 an einen Fall angeknüpft findet, in welchem dem Erblasser sowohl Erbgut als wohlgewonnenes Gut zugeschrieben wird. Dazu kommt übrigens auch noch

4. der schon aus den älteren Statuten
von 1270, IV. 3.
„ 1292, F. 3.
„ 1497, K. 12.
stammende Art. 12 der neueren Statuten,
P. III. Tit. 1.
welcher dahin lautet:

„Da auch ein Mann unrecht gewonnen Gut hätte, und dasselbe bei seinem Leben wiederkehren wollte, solches mag er wohl thun von seinen Erbgütern, ohne Widerspruch der Erben, woferne er sonsten keine Güter hat;"

Digitized by Google

indem hier die beiden Fälle, ob Jemand außer dem Erbgut noch andere Güter besitzt oder nicht, allerdings unterschieden, und sein Dispositionsrecht über Ersteres in dem einen Falle ausgeschlossen, in dem anderen zugelassen worden ist. Wenn also demungeachtet bei dem jetzt in Frage stehenden Artikel ein solcher Unterschied nicht gemacht wurde, so darf dies nur einer bestimmten, hier abweichenden Absicht, und nicht einer bloßen Vergessenheit zugeschrieben werden. Endlich

5. ist es aus einem ähnlichen Grunde auch nicht unerheblich, daß die Langenbeck'sche Glosse zu dem älteren Statut von 1497 schon bestimmt ein Vermächtniß aus dem Erbgute ad pias causas gestatten wollte, jedoch nur unter der ausdrücklichen Beschränkung, daß der Erblasser kein wohlgewonnenes Gut besitze; in den Worten:

„Efft nu eyn man neen ghewunnen Gud hadde, so late ick mi bedunken, dat he redliker wis und mathliker giffte mahte bestedigen thor ere Gades u. s. w.;"

s. Hieron. Müller Tractat von Testamenten 1750. Seite 100, 101.

und daß gleichwohl dieser Beschränkungen weder in dem Statut noch in dem Receß irgend erwähnet worden ist.

Das Einzige was unter diesen Umständen noch gegen die bisher entwickelte doctrinelle Auslegung des Artikels in Betracht kommen könnte, würde eine entschieden widersprechende Ansicht der neueren Schriftsteller und eine abweichende Gerichtspraxis sein; allein in diesen beiden Beziehungen fehlt es durchaus an festen Resultaten.

Bei den juristischen Schriftstellern nämlich, welche die Frage berühren (zu welchen die Dissertation von Alb. Wittenberg: de iure legatorum piorum secundum statuta hamburgensia Goett. 1751, § 29. nicht gehört) kommt zwar die Ansicht, daß nur Demjenigen, welcher kein wohlgewonnenes Gut habe, gestattet sei, einen Theil seines Erbguts zu milden Stiftungen zu verwenden, als die überwiegende vor;

Digitized by Google

Vincent Müller, in Thesaur. jur. prov. T. II. p. 299 und in der neusten Ausgabe der Statuten.
Hieron. Müller a. a. O.
Gries im Commentar zum Hamburgischen Stadtrechte. Theil II. Seite 227.

allein daß auch die andere, richtigere Deutung ihre Vertreter gehabt hat, beweis't die Dissertation von Erich Wordenhoff

de libertate testandi statutis Hamburgensibus restricta Ludg. Bat. 1706. 4. § 15.

Eine gerichtliche Entscheidung der Frage scheint aber bisher noch gar nicht vorgekommen zu sein, indem der einzige dafür von Gries a. a. O. angeführte Fall aus dem Jahre 1820, so viel sich aus dem dort angegebenen Inhalte der Erkenntnisse schließen läßt, gar nicht hierher zu ziehen ist.

Es bleibt nun aber noch, auch bei der richtigeren Auslegung des Statuts ad III. der Zweifel übrig, ob der Erblasser unter der hier vorliegenden Bedingung sein Erbgut habe gültig belasten können. Dabei ist zwar

A. der Gesichtspunct einer Ungültigkeit aus dem Grunde eines poenae nomine legatum offenbar ganz unhaltbar. Denn im Justinianischen Rechte ist das Verbot solcher Legate auf den Fall beschränkt worden, wenn dadurch eine anstößige Handlung befördert werden sollte, oder etwas ganz Unmögliches verlangt wurde,

l. un. C. de his, quae poenae nom. leg. (6. 41.)

mithin kann es nicht genügen, wenn nicht die Handlung, wozu der Onerirte durch die Bedingung genöthigt werden soll, sondern nur das Motiv des Testirers ein liebloses oder anstößiges genannt werden könnte. In dem vorliegenden Falle aber würde es, auch abgesehen davon, daß selbst darüber noch gar nichts für ausgemacht zu halten ist, ob die Erblasserin von einem verwerflichen Motive ausgegangen sei, natürlich nicht anstößig sein, wenn die Erben durch das bedingte Legat veranlaßt worden wären, sich freiwillig einer möglichen Beschränkung ihres Erbguts zu unterwerfen. Das

Digitized by Google

Hamburgische Statut

P. 3. Tit. 1. Art. 36.

hat auch in diesem Puncte gar nichts am gemeinen Rechte geändert. Dagegen könnte

B. wohl daran gezweifelt werden, ob einem Legate, welchem die Absicht, zu Gottes Ehre und ad pias causas zu testiren, wenigstens nicht principaliter zum Grunde lag, sondern wobei der Hauptzweck nur darin bestand, die Intestat-Erben von der Anstellung eines Erbschaftsprocesses abzuhalten, überall die im Art. 2 des Statuts ausgesprochene Begünstigung zu Gute kommen dürfe. Da indessen das Hamburgische Statut nicht bloß die Legate „zu Gottes Ehre," sondern allgemein „ad pias causas" hat begünstigen wollen; da ferner hierin nur eine theilweise Wiederholung der schon im Justinianischen Rechte zur Aufrechthaltung aller Legate dieser Art enthaltenen Vorschriften zu finden ist, wobei nicht sowohl auf die Motive des Testirers, als vielmehr auf den Vortheil der gedachten Stiftungen und Anstalten gesehen worden ist, so müßte es bedenklich erscheinen aus diesem Grunde das Legat für ungültig zu erklären.

2.

Amalia Sophia Jahn geb. **Ringelcke** cum. cur. patre Klägerin, gegen deren Ehemann **Wilhelm Jacob Jahn**, Beklagten.

Ober-Appellationsgerichts-Competenz. Ehescheidungssachen. Nebenpuncte. Wie Ehescheidungssachen selbst nicht an das Ober-Appellationsgericht gebracht werden dürfen, so gilt auch dasselbe von Nebenpuncten, welche im Laufe derselben zur Verhandlung kommen, sobald sie auf die Ehescheidung Bezug haben, z. B. bei der Frage über die Zulässigkeit von Zeugen.

Digitized by Google

— — Die in der Apellabilitäts-Verordnung in Betreff „privatrechtlicher Puncte" gemachte Ausnahme bezieht sich auf Streit-Verhandlungen über Vermögens-Verhältnisse, welche in Folge anerkannter Scheidung in Frage kommen.

Aus den Entscheidungsgründen zum Ober-Apellationsgerichtlichen Erkenntnisse vom 14. März 1842.

Die Beschwerde der Klägerin, dahin gerichtet, daß zwei von ihr in dem gegen ihren Ehemann geführten Scheidungs-Prozesse vorgeschlagene Zeugen verworfen worden sind, betrifft eine Ehescheidungssache, welche nach klarer Vorschrift der Hamburgischen Apellabilitäts-Verordnung vom 7. Juli 1820, I. § 1, e.

im Wege der Appellation ganz und gar nicht an das Ober-Appellationsgericht gebracht werden kann.

Zwar würde jetzt nicht über die Hauptsache, die Scheidung selbst, sondern nur über einen Nebenpunct zu erkennen sein; da aber dieser Punct zur Ehescheidungssache gehört, so fällt er eben so, wie die Entscheidung der Hauptsache, unter jene ganz allgemeine Vorschrift, und dies um so gewisser, da die Frage von der Zulässigkeit der Zeugen den wesentlichsten Einfluß auf das Definitiv-Erkenntniß über die verlangte Ehescheidung hat.

Wollte man auch den jetzigen Streitgegenstand als einen Incidentpunct betrachten, so würde doch dadurch die Competenz des Ober-Appellationsgerichts nicht zu begründen sein, weil über solche Incidentpuncte, wenn sie sich unter den in lite befangenen Hauptparteien ereignen, nur von demjenigen Richter erkannt werden darf, welcher auch in der Hauptsache zu erkennen befugt ist; wie dies namentlich in Hamburger Ehescheidungssachen,

d. 21. März 1823 in S. Claesens wider seine Ehefrau,

Digitized by Google

d. 8. November 1830 in S. Kaven wider ihren Ehemann,

d. 17. December 1836 in S. Wolff wider seine Ehefrau,

ausgesprochen, und in den beiden zuletzt genannten Sachen umständlich ausgeführt worden ist.

Daselbst ist es auch besonders erörtert worden, daß es in Ansehung der Appellabilität beim Ober-Appellationsgerichte einerlei sei, wenn auch der bei Gelegenheit einer Ehescheidungssache vorgekommene Incidentpunct nur eine bloße prozessualische Frage betreffe.

Den meisten Anschein mögte allenfalls noch der wohl eher vorgebrachte Grund für die Competenz des Ober-Appellationsgerichts in Streitigkeiten über Nebenpuncte der vorliegenden Art für sich haben, daß in dem angezogenen Gesetze die Ausnahme hinzugefügt ist: „in so weit dabei (bei Ehescheidungssachen) nicht über einen privatrechtlichen Punkt, z. B. über das Alimenten-, Abfindungs-, Brautschatz- und Gütertheilungs-Quantum gestritten wird;" denn allerdings ist die Frage, ob gewisse Zeugen zulässig seien, privatrechtlicher Natur. Allein jener in der Ausnahme vorangestellte allgemeine Satz ist durch die hinzugefügten Beispiele deutlich genug dahin erläutert und näher bestimmt worden, daß darunter nur solche Fälle gemeint sind, wo aus der erkannten Scheidung ein anderer Streit über Vermögens-Verhältnisse entsteht, ein Streit, welcher als Hauptsache ein besonderes Object hat und worüber demnächst eine eigene definitive Entscheidung abzugeben ist. Daraus folgt denn von selbst, daß eine im Beweisverfahren beim Ehescheidungsprozesse selbst vorkommende Streitfrage überall nicht als unter jener Ausnahme begriffen angesehen werden kann; wie dies ebenfalls in der obgedachten Sache Kaven wider ihren Ehemann und Wolff wider seine Ehefrau schon erörtert worden ist.

Digitized by Google

3.

Dr. C. W. Büller mand. nom. **August Peter Christian Schreiber**, Professtent, gegen Proc. Fisci. nom. des **Zehnten-Amtes**, den Nachlaß der verstorbenen **Clara Elisabeth** geb. **Reeder**, **C. M. Höper** Wittwe, betreffend, Imploranten.

Proclama. Restitution gegen Präclusivsentenzen. Die präcludirende Wirkung der in Folge von Edictal-Citationen abgegebenen Erkenntnisse beruht auf der Voraussetzung, daß die öffentliche Ladung allen Betheiligten bekannt geworden sei, oder doch ohne eigene Nachlässigkeit ihnen nicht habe unbekannt bleiben können. Dies ist indessen keine unbedingte Fiction, sondern der Beweis, daß jene Voraussetzung nicht vorhanden gewesen sei, ist unter den geeigneten Umständen dem Präcludirten zu gestatten.

— — Der durch diesen Beweis (so wie überhaupt durch die Berufung auf die generalis clausula) zu begründende Antrag auf in integrum restitutio ist nicht nur Auswärtigen, in deren Wohnort das betreffende Proclama durch Zeitungen oder Anschlag nicht speciell bekannt gemacht worden ist, sondern auch Einheimischen zu gestatten. Die Annahme, daß kein Einheimischer ohne Nachlässigkeit ein Proclama in den Zeitungen übersehen oder den Anschlag desselben ad valvas curiae unbemerkt lassen könne, würde wenigstens in ihrer Allgemeinheit unbegründet sein.

— — Restitution gegen eine Präclusivsentenz ist innerhalb derselben Frist (a die scientiae) nachzusuchen, welche in dem ergangenen Proclama für die Anmeldung vorgeschrieben worden war. (Abgesehen hievon würde die Restitution an das quadriennium geknüpft sein.)

— Bei Präclusivsentenzen wird die zehntägige Appellations-Frist mit berücksichtigt. Sie sind als res judicatae zu betrachten.

Aus den Entscheidungsgründen zum Ober-Appellationsgerichtlichen Erkenntnisse vom 29. März 1842.

Es ist

1. im Allgemeinen sowohl den theoretischen Grundsätzen als der täglichen Praxis durchaus entsprechend, gegen

Digitized by Google

ergangene Erbschaftsproclame und die darauf erfolgten Präclusivsententzen, Restitutionen ex clausula generali zuzulassen. Freilich sind solche Erkenntnisse, zumal in Hamburg, wo dabei auch die zehntägige Appellations-Frist schon von Amtswegen mit berücksichtigt zu werden pflegt, allerdings den res judicatae gleich zu achten; allein da selbst gegen eine gewöhnliche res judicata die Restitutionen keineswegs gänzlich ausgeschlossen sind, und nach heutigem Rechte namentlich auf den Grund neu aufgefundener Rechtstitel und Beweise gestattet werden,

vgl. Burchardi Wiedereinsetzung. S. 186—188.

so müssen sie gegen ein bloßes Contumacial-Erkenntniß, welchem keine gerichtliche Verhandlung und insbesondere keine Litiscontestation vorhergegangen ist, noch um so viel mehr gestattet sein.

Dabei würde denn auch

2. die von den Profitenten vorgeschützte unverschuldete Unwissenheit in Folge großer Dürftigkeit und vieljähriger Abgeschiedenheit von allen seinen Verwandten bei vorgerücktem Lebensalter — falls diese Angaben sich in facto als richtig erweisen sollten, — einen hinreichenden Restitutionsgrund ex clausula generali, nach der allgemein anerkannten weiteren Bedeutung dieser Clausel, an die Hand geben,

vgl. L. 1. § 5. de edendo (2, 13.)
L. 23. § 4. de her. inst. (28, 5.)
Burchardi von der Wiedereinsetzung. S. 184. 185. 198. 200.

und eben so wenig würden die im Appellationslibell enthaltenen specielleren Einwendungen diesen Restitutions-Grund wieder entkräften können. Wenn nämlich hier

1. der Nachtheil hervorgehoben wird, daß solche Restitutionen der ergangenen Präclusivsentenz alle Kraft und Wirksamkeit wiederum benehmen, so kann dieser Nachtheil schon deshalb nicht hoch angeschlagen werden, weil diese Restitutionen in der Regel nicht bloß auf die Frist von vier Jahren beschränkt sind, sondern sogar innerhalb dieser Zeit nur binnen

Digitized by Google

der noch kürzeren Frist nach erfahrener Läsion erbeten werden können, welche in dem ergangenen Proclama für die Anmeldungen vorgeschrieben worden war.

R. Dep. Absch. von 1600. § 86.*)

Demnach erscheint also die Gewährung solcher Restitutionen bei dem Vorhandensein eines triftigen Restitutionsgrundes nicht nur keineswegs gefährlich, sondern es liegt darin vielmehr eine ganz unentbehrliche Ausgleichung der offenbaren und großen Härten, welche mit Edictal-Ladungen und Präclusivsentenzen verbunden sind, wenn diese, wie in dem hier vorliegenden Falle, die hereditatis petitio eines wohlberechtigten Intestat-Erben von der gesetzlichen Verjährungszeit auf die kurze Frist von hundert und vierzig Tagen einschränken würden. Selbst die Gefahr, daß die Professionen bei einer so bedeutenden Erbschaft, wie der vorliegenden, kein Ende nehmen, und dem wahren Erben immer neue Opfer im Wege des Vergleichs aufbürden dürften, erscheint bei dem nahe bevorstehenden Ablauf der vierjährigen Restitutionsfrist ungegründet; wie denn ja auch diese Restitutionen wenigstens den auswärtigen Intestat-Erben in der Regel von dem Zehnten-Amte nicht streitig gemacht werden. Wenn aber dasselbe dem ohngeachtet

2. die Restitution jedenfalls bei einheimischen Intestaterben für ganz unstatthaft halten will, so läßt auch dies sich keineswegs rechtfertigen. Denn die Voraussetzung, daß die Edictal-Ladung dem anwesenden Intestat-Erben gehörig bekannt geworden sei, beruhet nicht sowohl auf einer unbedingten Fiction, als vielmehr auf der Präsumtion, daß sie

*) „Als auch die restitutiones contra lapsum fatalium aut alius termini praeiudicialis etwa hiezuvor lang hernach, über viel Jahr oder Monat, erst gebeten und cognitio darüber angestellt, und darinnen allerhand Ungleichheit befunden worden; so haben wir es aus wohlerwogenen Bedenken dahin gestellt sein lassen und geschlossen, daß Keinem mehr Zeit ad petitionem instituendam, als er zuvor, re adhuc integra, gehabt, diesfalls nachzugeben und zuzulassen sein soll."

Digitized by Google

allen denjenigen, an deren Wohnort das Proclam publicirt oder den Zeitungen inserirt worden ist, ohne ihre selbstverschuldete Nachlässigkeit nicht habe unbekannt bleiben können; und gegen diese Präsumtion kann ihnen das Recht des Gegenbeweises eben so wenig abgeschnitten werden, als gegen jede andere einfache Rechtsvermuthung. Dabei läßt sich denn auch, so viel den vorliegenden Fall betrifft, nicht etwa deshalb schon zwischen den auswärtigen Profitenten und dem jetzigen Appellaten ein wesentlicher Unterschied machen, weil Letzterer Gelegenheit gehabt hätte, das im Rathhause angeschlagene Proclam auch ohne Zeitung zu lesen. Denn es leuchtet von selbst ein, daß in einer großen Stadt, wie Hamburg, wenigstens einem Handwerker kein Vorwurf daraus gemacht werden kann, wenn er nicht regelmäßig auf das Rathhaus kommt, um die dort angeschlagenen Proclame zu lesen. Der Vorwurf aber, daß er ohne bedeutende Nachlässigkeit von einer so nahe in Hamburg lebenden Verwandten hätte Kunde haben müssen, wenn nämlich sie wirklich seine Verwandte gewesen wäre, kann ihn unter den hier vorliegenden, aus seiner Legitimation hervorgehenden Umständen, wornach er schon im dreizehnten Jahre beide Eltern verloren hatte, nicht treffen.

4.

R. M. Sloman, Kläger, Impetrant, gegen Capt. **J. Parker** vom Schiffe Amelia Mulholland, später **Dr. M. Pöhls** mand. nom. desselben, Beklagten, Impetraten.

Pfandrecht an Schiffen. Wird der Rheder oder wird das Schiff durch Verbindlichkeiten obligirt, welche von einem abseiten eines Befrachters eingesetzten Capitain contrahirt werden? Rechtsfall. Mulholland & Comp. in London, Eigenthümer eines Schiffes „Amelia Mul-

Digitized by Google

holland," vermietheten daſſelbe auf funfzehn Monate an Lindon & Comp. daſelbſt. Den Letzteren wurde die Anſtellung des Capitains überlaſſen. Sie ließen das Schiff nach Hamburg gehen und addreſſirten daſſelbe und den von ihnen eingeſetzten Capitain, J. Parker, an R. M. S., mit der Weiſung, dem Capitain etwa nöthige Zahlungen zu machen. Capt. P. nahm von R. M. S. Ct.-B. 4026. 4. auf „for the use of the Amelia Mulholland." Noch ehe das Schiff die Elbe verlaſſen hatte, fallirten Lindon & Comp. R. M. S. belegte nunmehr das Schiff mit Arreſt, (an die Stelle welches Arreſtes demnächſt eine Bürgſchaft trat.) Capitain Parker und dann ein von Mulholland & Comp. beſtellter Bevollmächtigter vertheidigten das Schiff gegen die Anträge des Impetranten, indem ſie behaupteten, daß durch die von Lindon & Comp. beorderte Geldaufnahme eben ſo wenig die Rheder perſönlich hätten obligirt werden können, wie hier ein Pfandrecht an dem Schiffe entſtanden ſei. — Das Handelsgericht nahm an, daß, da keine entgegenſtehende Verabredung zwiſchen R. M. S. und dem Capitain Parker getroffen ſei, die Rheder und das Schiff obligirt ſeien. — Das Obergericht machte den Ausgang der Sache davon abhängig, wen R. M. S. habe obligiren wollen, ſo daß wenn er den Vorſchuß „für Rechnung von Lindon & Comp." geleiſtet haben ſollte, ihm kein Anſpruch an die Rheder oder das Schiff zuſtehe. — Hiegegen appellirte der Kläger. — Das Ober-Appellationsgericht verwarf die Appellation, weil ſchon zu günſtig für den Kläger erkannt worden ſei, (welcher, wie in den Entſcheidungsgründen angedeutet iſt, ganz hätte abgewieſen werden müſſen.)

— — Ein Pfandrecht hätte in dem vorliegenden Falle durch das von dem Schiffer, wenngleich er nicht von den Rhedern oder für dieſelben eingeſetzt worden war, aufgenommene Anlehn entſtehen können, wenn die Gelder zur Erbauung, Beſſerung oder Unterhaltung des Schiffes verwendet worden wären.

— — Die perſönlichen Verpflichtungen, welche nach den Grundſätzen der exercitoria actio aus den Contracten des Schiffers auf den Rheder überzugehen pflegen, treffen, wenn das Schiff im Ganzen vermiethet iſt, und der Schiffer daſſelbe als der Vertreter des Miethers führt, nicht den Rheder ſondern den Miether, und zwar ſowohl nach gemeinem, als auch nach engliſchem Rechte.

— — Iſt (auf eine dem Rheder zu imputirende Weiſe) der Dritte über das Verhältniß des Capitains zum Miether und reſp. zum Rheder getäuſcht, ſo würde die vorſtehende Regel eine Ausnahme

Digitized by Google

erleiden. Übrigens ist im gewissen Maße eine Erkundigungspflicht des Dritten anzunehmen.

— — Der Schiffer wird, wenn er als solcher Gelder aufnimmt oder Verbindlichkeiten andrer Art eingeht, hiedurch dem Darleiher persönlich nicht obligirt. Er ist wegen der Gelder u. s. w. nur dem exercitor verantwortlich.

— — In dem entschiedenen Falle, war es den Befrachtern zur Pflicht gemacht, die für die Bedürfnisse des Schiffes während der Reise erforderlich werdenden Gelder in Abrechnung auf die später zu vergütende Fracht anzuschaffen. Folgerung hieraus: daß, wenn Capitain Parker als Repräsentant der Rheder hätte angesehen werden können, kein Darlehn gegeben, sondern eine Schuld berichtigt worden sein würde, wegen welcher keine Rückforderung hätte Statt finden können.

Handelsgerichtliches Erkenntniß
vom 4. Februar 1841.

Erkannt:

daß der unter dem 19. August 1840 gelegte, am 29. August 1840 verbürgte Befehl nicht nur für gehörig prosequirt, sondern auch für justificirt zu erklären sei, und

da die libellirte Rechnung auf Ausgaben für Schiffsbedürfnisse beruhet, und der Umstand, daß das Schiff dem Kläger nicht von der Rhederey, sondern von Lindon & Comp. addressirt worden, — da eine ausdrückliche Verabredung zwischen Klägern und Beklagten oder dessen Rhederey, solche Auslagen in keinem Falle dem Schiffe zur Last zu bringen, sondern nur die Befrachter dafür als debitores anzusehen, nicht hat behauptet werden können, — ganz gleichgültig ist,

Beklagter schuldig sei, die libellirten Et.ℳ 4026. 4 ß nebst Zinsen vom Tage der erhobenen Klage und den Kosten, dem Kläger sofort zu bezahlen, und eventualiter Kläger hiemittelst an den selbstschuldigen Bürgen Sr. Burchard zu verweisen.

Digitized by Google

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 11. Juni 1841.
(Auf beklagtische Appellation.)

Erkannt:

daß das handelsgerichtliche Erkenntniß a quo, vom 4. Februar dieses Jahres, seiner demnächstigen theilweisen oder gänzlichen Wiederherstellung unbeschadet, für jetzt wieder aufzuheben, und dem Beklagten der Beweis: daß es bei Leistung der einzelnen Zahlungen die Absicht des Klägers gewesen, dieselben für Rechnung von Lindon & Comp. zu leisten, dem Kläger Gegenbeweis und sonstige Rechtszuständigkeiten vorbehältlich, nachzulassen, und die Sache, unter Aussetzung der Entscheidung über die Kosten dieser Instanz bis zum End-Erkenntnisse, an das Handelsgericht zum demgemäßen ferneren Verfahren zu remittiren.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß
vom 16. April 1842.
(Auf klägerische Appellation.)

Erkannt:

daß zwar die Formalien der Appellation für gewahrt zu achten, Materialien anlangend aber, das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Hamburg vom 11. Juni vorigen Jahres, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten dieser Instanz, lediglich zu bestätigen sei; und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Handelsgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Der Antrag der Appellanten geht in gegenwärtiger Instanz lediglich darauf hinaus, den vom Obergerichte dem Beklagten auferlegten Beweis dahin abzuändern:

daß es bei Leistung der einzelnen Zahlungen die Absicht des Klägers gewesen, durch dieselben nicht das Schiff, sondern lediglich Lindon & Comp. zu verpflichten.

Digitized by Google

Bei Beurtheilung dieses Antrages muß man aber vor allen Dingen davon ausgehen, daß

1. die Anstellung des Beklagten, als früheren Capitains des Schiffes Amelia Mulholland, nicht durch die Eigenthümer dieses Schiffes, sondern durch das Haus Lindon & Comp., welchem das Schiff auf funfzehn Monate durch Chartepartie überlassen war, erfolgt ist, und daß

2. dieses Haus, welches mit dem Kläger schon anderweitig in Geschäftsverbindung stand, ihm auch den Beklagten empfohlen hat, und daß dadurch die Parteien in dasjenige Verhältniß zu einander gekommen sind, aus welchem die jetzigen Ansprüche des Klägers entstanden sind.

Aus der ersten dieser Thatsachen ergiebt sich nämlich schon so viel, daß die persönlichen Verpflichtungen, welche nach den Grundsätzen der exercitoria actio aus den Contracten des Schiffers auf dessen Rheder überzugehen pflegen, hier nicht von den Schiffseigenthümern, sondern von dem Hause Lindon & Comp. übernommen werden mußten, weil sie namentlich auch nach englischem Rechte nicht immer den Schiffseigner, sondern statt dessen auch Denjenigen treffen, der das Schiff im Ganzen gemiethet und den Schiffer als seinen Vertreter angestellt hat,

Abbot, law of merchant ships, p. 24. 115.

vgl. L. 1. pr. § 2. 15. D. de exercitoria actione. (14. 1.)

Zwar dürfte dieser Grundsatz wohl dann eine billige Ausnahme erleiden, wenn der andere Contrahent über die Ernennung des Capitains getäuscht, und in der Meinung gelassen war, daß seine Anstellung nach dem regelmäßigen Gange der Dinge von dem Schiffseigenthümer ausgegangen sei. Allein abgesehen davon, daß ein solcher Fall überall nicht ohne Weiteres anzunehmen sein würde, weil Jeder, der mit einem Anderen contrahirt, sich auch über dessen rechtliche Qualificationen näher unterrichten soll,

L. 19. pr. de R. I.

so steht der Annahme derselben unter den hier vorliegenden

Digitized by Google

Verhältnissen schon der Umstand entgegen, daß der Kläger bei Auszahlung der fraglichen Gelder gar nicht darüber ungewiß sein konnte, daß der Beklagte von Lindon & Comp. angestellt sei. Denn wenn er auch den näheren Inhalt der Chartepartie damals noch nicht gekannt haben will, so mußte er doch diesen Einen Punkt schon durch den persönlich eingetroffenen Associé jenes Hauses, William Lindon, erfahren, und — was jedenfalls ganz entscheidend ist, — er beruft sich selber ausdrücklich darauf, daß dieser Punct sich schon aus den Schiffspapieren ergeben habe, wie er denn auch nirgend in den Acten angeführt hat, daß dieser Umstand ihm fremd geblieben sei.

Da nun andererseits die vom Kläger geleisteten Zahlungen auch nicht von der Art sind, daß ihm daraus schon gesetzlich ein eigentliches Pfandrecht an dem Schiffe erwachsen konnte, indem sie, weder zur Erbauung, noch zur Besserung oder Unterhaltung des eben neu ausgerüsteten Schiffes bestimmt waren,

Art. 14. Stat. Hamb. P. II. Tit. 4.

Neue Falliten-O. Art. 70. No. 1.

Abbot a. a. O. S. 121 bis 145 und Anhang IV.

und da ferner auch eine ausdrückliche Abrede mit dem Beklagten, daß das Schiff dem Kläger für seine Zahlungen verpfändet sein solle, von Letzterem nicht einmal behauptet wird, so muß es in der That schon sehr bedenklich erscheinen, ob überall der Kläger berechtigt sein konnte, sich wegen seiner etwanigen Forderungen gegen den Schiffer an das Eigenthum eines dritten hiebei zunächst nicht Betheiligten, nämlich an das Schiff, zu halten, und ob nicht vielmehr seine Klage sofort hätte zurückgewiesen werden müssen. Hieraus würde denn aber schon von selbst folgen, daß der dem Beklagten zur Ablehnung der Klage einmal rechtskräftig auferlegte Beweis auf keinen Fall noch mehr erschwert werden dürfe.

Will man aber hievon absehen, und die Entscheidung nur davon abhängig machen, ob dem Appellanten eine

Klage gegen den Schiffscapitain in dieser seiner Qualität zustehe, so muß man durchaus derjenigen Ansicht beitreten, nach welcher das Verhältniß der Parteien auch schon in dem Erkenntnisse des Obergerichts aufgefaßt worden ist. Sobald nämlich die mehrgedachten Zahlungen oder Vorschüsse an oder für den Capitain, erwiesenermaaßen für Rechnung von Lindon & Comp. geleistet sein würden, so würde, nach ausdrücklichen gesetzlichen Vorschriften, der Kläger auch keinen anderen Schuldner, als Lindon & Comp. erhalten, und keine Klage gegen den Capitain erworben haben, indem dieser Letztere wegen des Guldes nur dem Hause Lindon & Comp. verpflichtet werden konnte.

L. 9. § 8. D. de reb. cred. (12. 1.)

L. 6. § 1. D. de negot. gest. (3. 5.)

Dabei könnte denn auch die einseitige Absicht des Zahlenden, sich nebenher auch an die Sache, zu deren Behuf die Zahlungen geleistet würden, halten zu wollen, keinen rechtlichen Unterschied machen, falls ihm nicht zugleich an dieser Sache gesetzlich oder contractlich ein Pfandrecht erworben wurde. Andererseits aber ist an eine abweichende Übereinkunft mit dem Schiffer in dem hier vorliegenden Falle um so weniger zu denken, als dieser Letztere nach allen Umständen, nicht bloß kraft der ihm zu Theil gewordenen Empfehlung, sondern namentlich auch nach der gleich zu erwähnenden Chartepartie, die Sache gar nicht anders ansehen konnte, als daß die fraglichen Zahlungen lediglich für Rechnung von Lindon & Comp. geleistet würden.

Hiezu kommt überdies noch ein zweiter Grund aus dem Inhalte dieser Chartepartie. Laut derselben nämlich waren die Befrachter verpflichtet, die für die Bedürfnisse des Schiffes während der Reise erforderlichen Gelder aller Orten durch ihre Agenten, und zwar in Abschlag auf die den Eigenthümern künftig nach beendigter Reise zukommende Fracht anzuschaffen. Demnach erhielt also der Schiffer, insofern man ihn mit Beiseitsetzung der oben aufgestellten Ansicht als Repräsentanten der Schiffseigenthümer ansieht,

Digitized by Google

dadurch kein Darlehn, sondern eine Abschlagszahlung auf eine wahre Schuld, aus welcher demnach gegen ihn niemals eine Rückforderung eintreten konnte.

L. 44. D. de cond. indeb. (12. 6.)

Eben diese Ansicht würde noch um so entschiedener eintreten, wenn man einen Theil jener Zahlungen als Abschlagszahlung auf die in Hamburg bereits fällig gewordenen zweimonatigen Frachtgelder, zum Belauf von 400 £, betrachten dürfte, wie solches gerade vom Kläger angeordnet worden ist.

Wenn dagegen der Kläger die beiden Umstände für sich geltend machen will, daß erstens der Beklagte den Empfang der baar ausgezahlten Gelder ausdrücklich mit dem Zusatz: „for the use of the Amelia Mulholland" bescheinigt, und daß zweitens Kläger noch nicht mit ihm abgerechnet, und keine Wechsel auf Lindon & Comp. von ihm angenommen habe, so ergiebt sich die Unerheblichkeit dieser beiden Umstände schon aus dem Bisherigen. Denn die erstgedachte Clausel bewirkte nur eine Verbindlichkeit des Exercitor für den von ihm bestellten Schiffer, und dieser Exercitor war in dem vorliegenden Falle das Haus Lindon & Comp.; einer Abrechnung mit dem Beklagten aber konnte es aus dem Grunde nicht weiter bedürfen, weil die Gelder, die einmal für Rechnung von Lindon & Comp. an ihn gezahlt sein würden, ohnehin nur von Letzteren wieder zurückgefordert werden konnten.

Es mußte demnach die Beweisauflage des Ober-Gerichts in jeder Hinsicht für ausreichend gehalten werden, ohne daß übrigens über die Frage, in wie weit es eines solchen Beweises nach den Äußerungen des Klägers in jetziger Instanz noch bedürfen könne, gegenwärtig mit zu entscheiden gewesen wäre.

Digitized by Google

5.

Fedder Karstens Nachfolger, Kläger, gegen **Wm. Branker**, später **Dr. N. F. Haller**, mand. nom. desselben, Beklagten.

Unverbindlichkeit allgemeiner Zusagen. Rechtsfall. Ein in einem Handlungshause angestellter Commis fälschte die Unterschrift seines Principals und erhob auf diese Weise bei dem Geldwechsler des Handlungshauses Geldbeträge. Das Falsum wurde entdeckt. Bei den über diesen Gegenstand zwischen dem Handlungshause, dem Geldwechsler und dem Vater des Falsarius geführten Verhandlungen, lehnte freilich der Principal des Ersteren die Verbindlichkeit zur Tragung des Verlustes ab, äußerte aber beiläufig, „daß er die Sache auf eine zufriedenstellende Weise abmachen wolle." Der Geldwechsler nahm das Handlungshaus als für die Unterschrift und das Verfahren des Commis verantwortlich, eventualiter als durch jene Zusage verpflichtet, auf Ersatz der erlittenen Einbuße in Anspruch.

— Nachweisung, daß, und weshalb, die Zusage, „die Sache auf zufriedenstellende Weise abmachen zu wollen," kein klagbares Recht des andern Theils begründet habe.

— Unter Umständen kann ungeachtet des Unbestimmtlassens contractlich zu erfüllender Leistungen eine gültige Verbindlichkeit begründet werden, wenn nämlich ausdrücklich oder stillschweigend auf das arbitrium boni viri provocirt wird, und zugleich die Grundlagen, auf welchen die in Betracht kommende Bestimmung zu treffen ist, außer Zweifel liegen.

Falsum. Derjenige, dessen Unterschrift gefälscht ist, präjudicirt seiner rechtlichen Stellung im Verhältnisse zu dem Beschädigten nicht, wenn er durch Denunciation oder auf andere Weise gegen den Falsarius einschreitet.

Handelsgerichtliches Erkenntniß
vom 30. October 1837.

Erkannt:

da an und für sich Niemand aus der Falsification seiner Unterschrift verpflichtet ist,

Digitized by Google

da auch, was Kläger aus den unglaubwürdigen Angaben des Falsarii entnommen hat, um darzuthun, daß die verfälschte Unterschrift des Beklagten diesen gegen ihn, Kläger, binde, gar nicht durchgreift; ferner das Vorbringen, daß der frühere Commis R..... Gelder auf Anweisungen, die mit „pr. Brancker: R.....“ unterschrieben waren, vom Kläger entnommen hat, und solche nachher mit vom Beklagten selbst unterschriebenen ausgetauscht worden, denn doch in Bezug darauf, ob R..... pure Wm. Brancker zeichnen durfte, ersichtlich nicht für, sondern gegen den Kläger spricht; wie denn auch mit solcher Ansicht das von Klägern mit Unrecht für sich allegirte Präjudicat, in Sachen: Dris. H. A. Heise mandatario noie. contra Merck & Comp. vom 26. November 1832, confirmirt im Obergerichte am 11. März 1833, keineswegs irgend im Widerspruche ist,

da ferner die durchaus angemessene Denunciation bei der Polizei-Behörde, so wie die angebliche Zurückweisung der Propositionen des Vaters R..... den Beklagten gar nicht in einen Nexus zu Klägern bringt,

da endlich das aus der behaupteten Zusicherung des Beklagten entnommene Moment, nach dem, was Kläger wegen solcher Zusicherung selbst vorbringt, ihn nicht zu der hier angestellten Klage berechtigt,

daß Kläger unter Verurtheilung in die Kosten des Prozesses mit seiner erhobenen Klage abzuweisen sei.

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 1. Februar 1841.
(Auf klägerische Appellation.)

Erkannt:

da, wenngleich Das, was die Kläger über die Stelle R.....'s auf dem Comptoir des Beklagten und über dessen persönliche Thätigkeit in dem Geschäftsverkehr der Parteien vortragen, vollkommen gegründet sein sollte, dies eine Zwangs-

Digitized by Google

Verbindlichkeit des Beklagten, für den durch den Betrug seines Commis entstandenen Schaden den Klägern rechtlich aufzukommen, zu erzeugen nicht vermögte;

dagegen aber in einem Versprechen des Beklagten, die Sache auf eine für die Kläger zufriedenstellende Weise abmachen zu wollen, allerdings eine Anerkennung seiner rechtlichen Verbindlichkeit liegen würde, die als billig erkannte Entschädigung der Kläger eventuell aus eigenen Mitteln zu leisten;

da auch ein Grund, den Klägern den Beweis dieses Klagfundaments abzuschneiden, nicht vorliegt;

daß das handelsgerichtliche Erkenntniß vom 30. October 1837, unter Compensation der Kosten dieser Instanz, wieder aufzuheben und der Kläger den Beweis:

daß der Beklagte ihnen das Versprechen, die Sache auf eine sie zufriedenstellende Weise abmachen zu wollen, gegeben habe, anzutreten schuldig sei, worauf demnächst nach geführtem oder nicht geführtem Beweise, weiter auch über das Quantum der nach Grundsätzen der Billigkeit zu leistenden Entschädigung zu erkennen sein wird, in welcher Hinsicht bis dahin beiden Parteien quaevis competentia vorbehalten werden.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß
vom 30. April 1842.
(Auf beklagtische Appellation.)

Erkannt:

daß die Formalien der Appellation für gewahrt zu achten, auch, Materialien anlangend, das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Hamburg vom 1. Februar vorigen Jahres, wie hiemit geschieht, wieder aufzuheben, und das Handelsgerichts-Erkenntniß vom 30. October 1837, so viel die Hauptsache betrifft, wieder herzustellen, jedoch die Kosten aller drei Instanzen gegen einander aufzuheben seien.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

Die Hauptbeschwerde des Beklagten mußte für begründet erachtet werden, und zwar, weil seinem Erbieten, so wie es von dem Kläger behauptet wird, überall keine obligatorische Wirkung beizulegen sein würde.

Dies ergiebt sich aus der großen Unbestimmtheit jenes angeblich geleisteten Versprechens. Dasselbe soll nämlich zu einer Zeit geleistet worden sein, zu welcher einerseits die Parteien noch zweifeln konnten, ob der Beklagte etwa schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zum Ersatz des von seinem Commis verübten Betruges verpflichtet sei, andererseits aber auch noch zu hoffen stand, daß der Vater des Betrügers wenigstens einigen Ersatz leisten werde. Beide Rücksichten waren aber für das Quantum eines etwa freiwillig zu leistenden Ersatzes höchst erheblich; und in keinem Falle konnte eine Versicherung des Beklagten, künftig die Sache in einer die Kläger zufriedenstellenden Weise reguliren zu wollen, so gemeint sein, daß Letzteren der ganze erlittene Schaden von dem Beklagten ersetzt werden solle. Vielmehr durfte dabei nur an einen künftig zu bestimmenden theilweisen Zuschuß in solcher Maaße gedacht werden, daß auch die Kläger sich damit unter Berücksichtigung ihres doch mindestens zweifelhaften Rechts füglich begnügen könnten. Mußte nun aber dennoch Alles von den näheren, damals noch so schwankenden Umständen abhängig bleiben, so konnte auch dem Versprechen an sich vorerst nur die Bedeutung beigelegt werden, daß die Kläger weitere Vergleichsvorschläge von dem Beklagten erwarten dürften, nicht aber die, daß ihnen schon irgend ein Recht daraus erworben wäre.— Daß aber eine solche Erklärung noch keine obligatio bewirke, kann keinen Anstand haben.

L. 108. § 1. D. de V. O. (45. 1.)

Zwar meinen die Kläger, daß durch die Worte „auf eine zufriedenstellende Weise" schon auf ein arbitrium boni viri provocirt gewesen sei, allein selbst angenommen, daß dem

Digitized by Google

so wäre, so würde doch auch einer solchen Hinweisung auf das vernünftige Ermessen eines Dritten nicht anders eine bindende Kraft beizulegen sein, als wenn diesem arbiter auch die nöthigen Thatsachen bereits vorgelegt werden könnten, auf deren Basis ihm ein wirkliches Ermessen der ganzen Sache möglich bliebe. Denn wo es an solchen maaßgebenden Thatsachen gänzlich ermangelt, da kann auch das Versprechen an sich nicht durch die Entscheidung eines Schiedsrichters die nöthige Bestimmtheit erlangen. Selbst angenommen endlich, daß es an einem zureichenden Maaßstabe für eine schiedsrichterliche Entscheidung früher nicht gefehlt hätte, so wäre dieser doch hauptsächlich nur in der stärkeren oder minderen Wahrscheinlichkeit zu suchen gewesen, daß der Beklagte schon aus gesetzlichen Gründen zum Schadensersatze verurtheilt werden könne; mithin ist dieser frühere Maaßstab nunmehr gänzlich hinweggefallen, seitdem es rechtskräftig feststeht, daß eine solche gesetzliche Verpflichtung für ihn ganz und gar nicht anzunehmen ist, vielmehr jeder Beitrag von seiner Seite nur noch aus dem Gesichtspunkte einer reinen Freigebigkeit betrachtet werden könnte. Denn daß für solche reine Freigebigkeiten ein unbestimmtes Versprechen überall nicht als verbindlich angesehen werden soll, ist gewiß, und wird namentlich im gemeinen Rechte durch manche speciellere Anwendungen bestätigt, z. B. bei der Ehefrau, welche eine dos zu geben versprochen hat,

l. 1. C. de dotis promiss. (5. 11.)

oder bei dem Mandanten, der für Dienstleistungen ein völlig unbestimmtes Salarium verheißen hat.

l. 56. § 3. D. mand. (17. 1.)
l. 17. C. eod. (4. 35.)

6.

Dr. Hermann Loehr mand. nom. **Le Grand Caille** in St. Quentin, Kläger, gegen Gebrüder **Goldschmidt**, Beklagte.

Zeugenbeweis. Commis. Ein nur im Lohn des Beweisführers stehender, nicht auch von demselben beköstigter Commis ist kein verwerflicher Zeuge.

— „Kost und Lohn." Das gemeine Recht erklärt nur wirkliche Hausgenossen des Producenten für unzulässige Zeugen; das Hamburgische (und Lübeckische) Recht schon Diejenigen, welche Kost und Lohn vom Beweisführer erhalten, ohne in dessen Hause zu wohnen.

Aus den Entscheidungsgründen zum Ober-Appellationsgerichtlichen Erkenntnisse vom 31. Mai 1842.

Der Zeuge Moritz Wolff ist aus dem Grunde allein, weil er ein in Lohn der Producenten stehender Commis ist, während es noch nicht als erwiesen feststeht, ob er bei den Producenten auch Wohnung und Beköstigung genießt, nicht sofort gänzlich zurückzuweisen, wenngleich seine Glaubwürdigkeit durch jenen Umstand erheblich geschwächt wird. Sieht man nämlich hiebei zuvörderst auf das gemeine Proceßrecht, so leidet es keinen Zweifel, daß dieses nur die Hausgenossen des Producenten, die testes de domo producti, für gänzlich unfähige Zeugen erklärt,

l. 24. D. de testibus. (22. 5.)
l. 3. C. eod. (4. 20.)

und selbst dieser Grundsatz soll nach einer weit verbreiteten Ansicht auf Handelssachen keine Anwendung finden.

Hommel catalog. testium. (Rhaps. quaest. T. 1. obs. 211.) s. v. Kaufmannsdiener.

Um so weniger würde also nach gemeinem Rechte ein bloß salarirter, nicht aber von seinem Principal beköstigter

Digitized by Google

Handelscommis in diese Classe der absolut unfähigen Zeugen zu stellen sein; wie denn solches auch von dem Ober-Appellationsgerichte schon in früheren Fällen bestimmt ausgesprochen worden ist,

Anlangend aber demnächst die besondere Vorschrift des Hamburgischen Statutar-Rechtes

P. I. Tit. 28. Art. 13.

welche mit dem Lübeckischen Rechte,

P. V. Tit. 7. Art. 5.

in diesem Punkte wörtlich übereinstimmt, so wird auch hier nur die Zulassung eines im Brot des Producenten stehenden Zeugen wesentlich eingeschränkt; und wenn gleich bei den Schriftstellern über das Hamburgische Recht kein Fall erwähnt zu sein scheint, bei welchem es ausdrücklich ausgesprochen worden wäre, daß hierbei buchstäblich stehen zu bleiben sei, so ist doch diese Auslegung in Beziehung auf das gleichlautende Lübeckische Statutar-Recht bereits bestimmt als die richtige anerkannt worden.

Mevius ad jus Lub. a. a. O. No. 4.

Demnach dürfte also der Zeuge Wolff, falls sich nicht noch ergeben sollte, daß er im Hause des Producenten unterhalten werde, zwar durchaus nicht für einen unverdächtigen, aber doch eben so wenig für einen ganz unzulässigen Zeugen gehalten werden.

7.

Dr. Daniel Hertz mand. nom. **J. & L. Friedmann**, Kläger, gegen **Dr. H. L. Brinckmann** mand. nom. **H. H. T. Winckelmann**, in Firma **J. H. Sueck** Nachfolger, Beklagten.

Vindication beweglicher aus der Wehre gelassener Sachen nach Hamburgischem Rechte von dem mala fide Erwerber.*) Rechtsfall. J. & L. F. verkauften an U.

*) Vgl. (spätere Sammlung) Bd. I. S. 28 ff. II. S. 461. 462.

Digitized by Google

& Comp. eine Partei von 228 Ballen Lumpen, zahlbar nach drei Monaten. Die Waare wurde den Käufern auf dem Lager, wo sie sich befand, überliefert, jedoch unter dem Vorbehalt des Eigenthumes für die Verkäufer. Die Käufer sollten die Waare sortiren, auch, nach vorgängiger Anzeige an die Verkäufer und unter Beorderung der Zahlung an diese, von ihr verkaufen dürfen.— U. & Comp. verkauften nun, ohne die letzterwähnten Verpflichtungen zu erfüllen, an W. 178 Ballen sortirter Lumpen, und ließen Compensation des Kaufpreises mittelst einer älteren Forderung des W. eintreten. — Dem W. war es nach der Behauptung von J. & L. F. bekannt, daß diesen das Eigenthum an der verkauften Waare zustehe. — U. & Comp. erklärten Insolvenz. — J. & L. F. klagten nun gegen W. auf Auslieferung der 178 Ballen, weil ihnen dieselben abgetrogen und entwendet worden, eventuell wegen mala fide des Beklagten. — Der Letztere bestritt beide Klagegründe, und zwar auch im Rechtlichen.

— Die Klage, insofern sie darauf gestützt worden war, daß die Waare den Klägern abgetrogen oder entwendet sei, wurde abgewiesen, weil die Kläger wissentlich und freiwillig U. & Comp. in den Besitz der Lumpen gesetzt hatten.

— Der (seinem Wortlaute nach schon denjenigen dritten Besitzer, welcher den fraglichen Gegenstand auch nur „mit gutem Titel" an sich gebracht hat, schützende) Art. Stat. II. 2. 7. ist nach einer feststehenden Usual-Interpretation, dahin zu verstehen, daß die Regel „Hand muß Hand wahren" nur Demjenigen zur Seite steht, der auch bona fide erworben hat.

— Es kommt bei der Beurtheilung der Frage, ob bona oder mala fide erworben worden sei, auf den Zeitraum bis zur vollendeten Besitzergreifung an, so daß der Umstand, wenn der Kauf bona fide geschlossen sein sollte, gleichgültig ist, falls der Käufer nachmals, jedoch vor oder bei der Tradition, erfahren haben sollte, daß der Veräußerer zu letzterer nicht befugt sei. (Analogie der vom Usupacionsbesitz geltenden Regeln.)

— Nicht allein dann ist mala fides des Erwerbes anzunehmen, wenn selbiger über die rechtliche Stellung des Veräußerers zu dem betreffenden Gegenstande genau unterrichtet gewesen ist, sondern schon dann, wenn er auch nur im Allgemeinen gewußt haben sollte, daß dem andern Theile die Disposition über den Gegenstand nicht zustehe.

Beweis des dolus. Bei demselben ist mehr auf die Gesammtheit der Umstände, als auf einzelne Beweisgründe zu sehen.

Digitized by Google

Niedergerichtliches Erkenntniß
vom 22. Januar 1841.

Erkannt:

da nach den eigenen Vorträgen der Kläger eine Entwendung oder ein Abtrügen von Seiten des W. Ültzen hinsichtlich der fraglichen Lumpen nicht vorliegt, indem sie eingestehen, die Waaren aus ihrer Wehre gelassen und dem Ültzen den Boden überlassen zu haben, um daselbst eine Sortirung und Verpackung derselben vorzunehmen, so daß Ültzen in den Besitz gelangt war,

da aber die Kläger nach der producirten Schluß-Nota sich das Eigenthum reservirt und auch die Befugniß des Ültzen, über die Waaren zu disponiren, an die Bedingung geknüpft hatten, daß derselbe vorher eine desfallsige Anzeige an die Kläger zu machen habe; da nun falls Beklagter diese Verabredung, die nicht nur das contractliche Verhältniß zwischen dem Verkäufer und Ültzen hinsichtlich der Bezahlung betreffen, sondern eine Uebertragung des Eigenthumes verhindern sollte, gekannt hätte, dieß eine solche mala fides involviren würde, daß allerdings ein Grund zur Vindication vorläge, und die Rückgabe der Waaren und der Ersatz des Werthes derselben gefordert werden könnte; um so mehr, als Beklagter, der nicht die Absicht hatte die Waare baar zu bezahlen, sondern sich wegen früherer Forderungen zu decken, dann wußte, daß Ültzen zu einem solchen Verkaufe nie die Einwilligung der Kläger erlangt haben würde,

daß Kläger zu erweisen schuldig sei:

daß Beklagter zur Zeit des Ankaufes der fraglichen 178 Ballen Lumpen von Ültzen gewußt habe, daß Kläger sich das Eigenthum derselben reservirt und Ültzen nur das Recht gehabt habe, von diesen Lumpen zu begeben, wenn zuvor dem Verkäufer Anzeige davon gemacht worden.

Digitized by Google

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 4. Juni 1841.
(Auf beiderseitige Appellation.)

Erkannt:

da es nicht nur darauf ankommt, ob der beklagtische Mandant die Verhältnisse, welche zwischen dem klägerischen Mandanten und Ültzen obwalteten, zur Zeit des Ankaufs gekannt hat, sondern auch darauf, ob sie ihm zu irgend einer Zeit zwischen dem Ankaufe und der Empfangnahme bewußt gewesen sind; da ferner zur Begründung der Klage nicht gerade eine genaue Bekanntschaft des Beklagten mit der zwischen den klägerischen Mandanten und Ültzen getroffenen Abrede erforderlich ist, sondern schon die allgemeine Wissenschaft davon genügt, daß dem Ültzen die freie Disposition über die Waaren nicht zuständig gewesen;

daß das Niedergerichtliche Erkenntniß a quo vom 22. Januar dahin resp. zu con- und zu reformiren sei,

daß Kläger zu erweisen schuldig sei, daß Beklagter zur Zeit des Ankaufes der fraglichen 178 Ballen Lumpen von Ültzen, oder während der Zeit vom Ankauf bis zur Empfangnahme inclusive, gewußt habe,

daß klägerische Mandanten sich das Eigenthum der Waare reservirt, oder, daß dem Ültzen die freie Disposition darüber nicht zustehe.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß
vom 11. Juni 1842.
(Auf beklagtische Appellation.)

Erkannt:

daß die Formalien der Appellation für gewahrt zu achten, Materialien anlangend aber, das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hanseſtadt Hamburg vom 4. Juni vorigen Jahres, wie hiemit geschieht, unter Compensation der Kosten dieser Instanz zu bestätigen sei.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

In Ansehung der zum Beweise verstellten mala fides des Beklagten ist

A. daran gar nicht zu zweifeln, daß den Klägern im Allgemeinen ein Beweis über diesen Punkt nachzulassen war. So viel nämlich

1. die Rechtsfrage anlangt, ob nach Art. 7 des Hamburgischen Statuts II. 2., der Grundsatz: „Hand muß Hand wahren" die Vindication des Eigenthümers nur dann ausschließe, wenn der jetzige Besitzer die Sache bona fide erworben hat, oder ob dazu schon ein bloß äußerlicher Rechtstitel des Besitzers genüge, so kann es darüber einer speciellen Erörterung hier nicht mehr bedürfen, weil es schon durch eine feststehende Usualinterpretation entschieden ist, daß die in gedachtem Art. 7 erwähnte Vindication keinen weiteren Einschränkungen unterliegen könne, als die im Art. 2. Statut II., 4,*) erwähnte Pfandklage,

Gries, Commentar zum Hamburgischen Stadtrecht. Th. 1. S. 201. 202. 214. 215.

welche Ansicht auch vom Ober-Appellationsgerichte schon öfter bestimmt als die richtige anerkannt worden ist.

2. Eben so wenig kann aber auch davon die Rede sein, daß dem Beklagten selbst dann, wenn er den ganzen Inhalt des zwischen den Klägern und Ültzen geschlossenen schriftlichen Vertrages gekannt hätte, keine mala fides vorzuwerfen sein würde, indem hier namentlich der schon vom Niedergerichte angeführte Umstand ganz entscheidend ist, daß der Beklagte die fraglichen Lumpen und sonstigen Waaren-

*) Der citirte Artikel redet von dem Falle, wenn der Pfandgläubiger die ihm verpfändeten beweglichen Sachen in dem Besitze des Pfandschuldners läßt, und dieser sie veräußert, Dann soll „zur Beförderung gemeiner Handthierung — der Gläubiger die verpfändeten beweglichen Güter von denjenigen Personen, die sie mit gutem Glauben und richtiger Ankunft erlanget, wiederum abzufordern nicht befugt sein."

Digitized by Google

vorräthe des Ültzen nicht baar bezahlt, sondern sie mit einer schon an sich sehr verdächtigen Eile hauptsächlich als Deckung für eine präeistirende Schuld des Letzteren angenommen hat, d. h. unter Umständen, unter welchen Niemand, der von jenen Verhältnissen des Ültzen zu den Klägern etwas wußte, auf deren Einwilligung in diesen Verkauf ihres Eigenthumes rechnen durfte. Demnach kann es

B. nur auf die nähere Fassung des den Klägern nachgelassenen Beweises ankommen, und zwar — da die Fassung der ersten Beweisalternative jetzt von beiden Seiten nicht weiter angefochten wird — auf die beiden Fragen, ob

1. die obergerichtliche Erweiterung der Zeitbestimmung für beide Beweisalternativen beizuhalten, und ob

2. die zweite Beweisalternative überall und namentlich in ihrer jetzigen Fassung, noch zuzulassen sei.

Nun aber ist

ad 1. für den Zeitpunkt der mala fides in dem Erkenntnisse voriger Instanz mit vollem Rechte vorzugsweise auf den Augenblick der Besitzergreifung der streitigen Waare gesehen worden, indem dafür nicht nur die Worte des Art. 7 a. a. O. „mit gutem Titel an sich gebracht," sondern auch die Analogie Desjenigen, was nach gemeinem Rechte beim Usucapionsbesitze gilt, ganz entscheidend ist. Denn auch bei diesem ist die bona fides im Augenblick der Besitzergreifung unbedingt erforderlich, wozu aber, wenigstens bei der usucapio pro emtore, freilich auch noch eine bona fides zur Zeit des Kauf-Contractes hinzukommen muß,

l. 4. § 18. l. 43 pr. l. 44. § 2. l. 48. D. de usurp. et usuc. 41. 3.

l. 2 pr. D. pro emtore. 41. 4.

ad 2. Daß die zweite dahin gefaßte Beweisalternative: daß Beklagter gewußt, daß dem Ültzen die freie Disposition über die streitige Waare nicht zustehe,

in materieller Hinsicht dem Sachverhältnisse durchaus angemessen sei, kann keinen Zweifel leiden, indem der Beweis einer solchen Wissenschaft unstreitig genügen würde, um den

Digitized by Google

Beklagten als malae fidei possessor der Waare darzustellen. Auch ist es ferner klar, daß die obergerichtliche Fassung dieser zweiten Hälfte des Beweissatzes vor der niedergerichtlichen eben dieses materiellen Grundes wegen den Vorzug verdient, indem es zur mala fides des Beklagten nicht gerade darauf insbesondere ankommen würde, ob der Beklagte auch genau von den specielleren Clauseln des zwischen Ültzen und den Klägern geschlossenen Contracts unterrichtet gewesen, und indem es auch jedenfalls nur eines alternativen, nicht aber eines copulativen Beweises hier bedürfen könnte. Demnach kommt es also lediglich auf die formelle Frage an, ob die thatsächlichen Behauptungen der Kläger in den vorigen Instanzen umfassend genug gewesen seien, um Letztere auch zu dem Beweise dieser zweiten Alternative mit zuzulassen; und dabei läßt sich allerdings so viel nicht verkennen, daß in den eigentlichen Proceßacten die Behauptungen der Kläger nur dahin gegangen sind, daß der Beklagte ihr Eigenthums- oder Pfandrecht an den Lumpen gekannt habe und mithin in mala fide gewesen sei.

Erwägt man indessen, daß

1. das Wesentliche dieser Behauptungen nur in dem Vorwurfe der mala fides an sich, und nicht in der specielleren Begründung derselben lag, und daß bei dem Beweise des dolus, also auch der mala fides, überall mehr auf die Gesammtheit der Umstände, als auf einzelne strenge Beweisgründe zu sehen ist;

l. 6. C. de dolo malo. (2. 21.)

2. daß die von beiden Parteien und namentlich von dem Beklagten ausdrücklich in Bezug genommenen polizeilichen Verhandlungen den Vorwurf des dolus gerade in einer der zweiten Beweisalternative genau entsprechenden Fassung wiederholt und sehr bestimmt enthalten;

3. daß jedenfalls die erste Beweisalternative für sich allein zu eng gefaßt sein würde, indem darin keineswegs auch nur Dasjenige, was in den Niedergerichtlichen Acten zur Begründung des Vorwurfs der mala fides wörtlich

Digitized by Google

behauptet worden, im gleichen Umfange enthalten ist, wie die Kläger solches in voriger Instanz richtig bemerkt haben; so kann auch jenes formelle Bedenken nicht für erheblich genug geachtet werden, um den Klägern den Beweis der zweiten Beweisalternative abzuschneiden.

Demnach sind also die Beschwerden des Beklagten, sowohl die principale, als die eventuelle, in Ansehung des Beweises seiner mala fides verwerflich.

8.

Dr. J. C. Knauth mand. nom. **J. H. M. Gehrt** in Altona, Kläger, gegen **Johannes Mohrmann**, in Vollmacht der **Elb-Assecuranz-Compagnie & Consorten**, Beklagten.

Assecuranz. Rechtsfall. H. in Flekkefiord in Norwegen beauftragte G. in Altona Versicherung zu nehmen auf Bco.ℛ 450, als halben Werth eines vier Commerzlasten großen Schiffes „Fisken", welches unter seiner, des Versicherten, merkantilischen Leitung von Flekkefiord aus eine Handelsreise bis nach Tromsoe unter Anlaufung der Häfen bis dahin machen sollte; ferner auf Bco.ℛ 8000, als Werth eines Theils der in dem Fisken zu dem angegebenen Zwecke verladenen Waaren. Die Assecuranz auf die Waaren wurde mit verschiedenen hamburgischen Assecuradeurs geschlossen. Diejenige auf das Casco wurde überhaupt nicht proponirt. Außerhalb Hamburgs wurden noch Bco.ℛ 8000 auf die Ladung gezeichnet. Der Fisken versank ohne daß er durch einen besonderen Unfall betroffen worden wäre, bei Nacht auf offener See. Der Versicherte war nicht an Bord; der Schiffer und ein außer ihm auf dem Schiffe befindlicher Matrose retteten sich. — Der auf Totalverlust gerichteten Assecuranzklage setzten die Assecuradeurs die Einrede des Betruges entgegen und bestritten unter Anderem die Verladung der versicherten Waaren, resp. daß selbige den angegebenen Werth gehabt hätten. Der Versicherte wollte die Verladung durch die vom Schiffer gezeichneten Connossemente beweisen.

Digitized by Google

— Connossement als Beweismittel der Verladung. Im Allgemeinen gilt in Assecuranzsachen das Connossement reprobatione salva und unter dem Hinzukommen einer Beeidigung von Seiten des Versicherten resp. Ablavers, als Beweismittel für die geschehene Verladung. In dem entschiedenen Falle, in welchem die Waaren nicht in gewöhnlicher Weise destinirt, sondern mit ungewisser Bestimmung von dem versicherten Eigenthümer selbst begleitet worden sein sollten, wo überdies aus einem beigebrachten Extracte aus dem Journal hervorging, daß in dem letzteren Nichts über die Einnahme der Ladung bemerkt worden war, wurden die Connossemente für beweisunkräftig erklärt.

— Einrede der übersetzten Taxe. Die taxirte Police befreiet den Versicherten von der Beweislast in Betreff des Werthes der assecurirten Gegenstände. Dem Assecurabeur ist der Beweis zu verstatten, daß die Versicherung zu seinem Nachtheile wesentlich übersetzt sei.

— Die Einrede der Seeuntüchtigkeit des Schiffes darf auch dem versicherten Ladungs-Interessenten opponirt werden, wenn ihm die mangelhafte Beschaffenheit des Schiffes bekannt gewesen sein sollte, oder er sich Kunde über den Zustand des Schiffes hätte verschaffen müssen.

— — Nicht nur absoluter, sondern auch relativer Seetüchtigkeit des Schiffes bedarf es. Das Schiff muß nicht allein im Allgemeinen See halten können, sondern auch geeignet sein, die beabsichtigte Reise mit der in Betracht kommenden Ladung ohne besondere Gefährdung zurückzulegen. Auf Dasjenige, was nur als rathsam oder unrathsam anzusehen ist, kommt es hier nicht an.

— Editionspflicht. Jeder Kläger ist verpflichtet, dem Beklagten alle Urkunden, welche er besitzt und die zu des letzteren Vertheidigung in dem geführten Prozesse dienen können, vorzulegen, und zwar nicht etwa nur die zum Zwecke eines directen Gegenbeweises, sondern auch die zu einem selbstständigen Beweise des Beklagten zu benutzenden.

— — Im Allgemeinen kann nur Edition Desjenigen, was der Kläger besitzt, verlangt werden. Urkunden, in deren Detention er sich nicht befindet, als deren Besitzer er aber rechtlich zu betrachten ist, insofern ein Anderer sie für ihn detinirt, hat er herbeizuschaffen.

— — Schiffs-Journal. Wo es auf die Beschaffenheit einer Urkunde ankommen kann, ist dieselbe im Original, nicht etwa

Digitized by Google

nur in beglaubigter Abschrift vorzulegen. Dies gilt z. B. von dem Schiffs-Journale im Verhältnisse zwischen Versicherer und Versicherten.

— Assecuranz-Prozeß. Assecuranzsachen werden im ordentlichen, nicht im Executiv-Prozesse geführt.

Auslegung von Erkenntnissen. Dieselbe hat im Zweifelsfalle ex jure und in Gemäßheit der Acten Statt zu finden.

Zeitpunkt der Einreden-Beweisführung. Der Beklagte ist nicht eher schuldig, den ihm obliegenden Beweis seiner Einreden anzutreten, als bis der Kläger den Grund seiner Klage erwiesen hat. — Der Gültigkeit dieser Regel steht die Eventualmaxime nicht entgegen.

Handelsgerichtliches Erkenntniß
vom 24. Mai 1841.

Erkannt:

Da nach den vom Handelsgerichte öfters ausgesprochenen Principien,

Erkenntniß in S. Dris. Arning mand. nom., contra Mohrmann vom 3. April 1834, confirmirt vom Obergerichte am 26. Mai 1834; — Jacobj & Suse contra diverse Assecuradeurs vom 2. November 1840,

das Connossement so, wie die Sache vorliegt, keineswegs als beweisunkräftig angesehen werden kann, sondern, falls die Reprobation gegen das Connossement und der gleich zu erwähnende Beweis, daß die abgeladenen Güter wieder aus dem Schiffe genommen seien, ein anderes Resultat nicht herbeiführen sollten, nur noch eine Beeidigung abseiten des Abladers E. W. Hansen gefordert werden darf, auch Alles was beklagtischerseits hinsichtlich des Schiffers und des Zweckes der Expedition angegeben ist, nicht dahin führen kann, auf eine Nullität des Assecuranz-Contractes zu sprechen; ferner nach ganz bekannten Grundsätzen bei einer taxirten Police der Versicherte nicht weiter mit einem Beweise des Werthes der assecurirten Gegenstände zu bebürden, sondern dem Assecuradeur nur der Beweis nachzulassen ist, daß die Versicherung zu seinem Nachtheile wesentlich übersetzt sei,

Digitized by Google

daß Beklagten nachzulaſſen, dem Kläger Gegenbeweis vorbehältlich, die Reprobation gegen die Verladung als ſelbſtſtändigen Beweis dahin anzutreten:

daß die verſicherten Gegenſtände quaestionis, deren Erſatz gefordert wird, oder wie viel davon, nicht in das Schiff Fisken auf die Reiſe quaestionis verladen geweſen ſeien,

ſo wie ihnen nachzulaſſen, hier Klägern Gegenbeweis vorbehältlich, den Beweis anzutreten;

daß diejenigen verſicherten Güter, welche in Flekkefiord in das Schiff Fisken eingeladen worden, wieder mit Wiſſen oder Genehmigung des C. W. Hanſen herausgenommen ſeien, und wird für den Fall, daß ſolches Beweis-Verfahren nicht zu einem Reſultate führen ſollte, wegen einer vom Ablader noch zu leiſtenden Beeidigung weiter wie Recht erkannt werden.

Auch ſteht es Beklagten frei, innerhalb 6 Wochen anticipatione, den Beweis zu führen;

daß die Taxe in der Police weſentlich, und wie viel, zu ihrem Nachtheile überſetzt ſei.

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 10. Januar 1842.
(Auf beklagtiſche Appellation.)

Erkannt:

da den Beklagten hinſichtlich ihres Antrages auf Edition des Proteſtes vom 24. Juli 1840, und des Original-Journals, ſo wie hinſichtlich der jetzt beantragten Beibringung einer Factura der verſicherten Waaren, in dem Handelsgerichtlichen Erkenntniſſe a quo für den Verfolg der Sache nichts abgeſprochen iſt;

da hingegen das producirte Connoſſement im vorliegenden Falle, wo die verſicherten Waaren nicht nach einem beſtimmten Platze und zur Ablieferung an einen dritten Empfänger deſtinirt waren, ſondern von dem, die Expedition begleitenden, verſicherten Ablader an verſchiedenen Plätzen des Nordlandes von Norwegen verkauft werden ſollten, zum Beweiſe

Digitized by Google

der geschehenen Verladung, auch nicht bis zu einem, vom Versicherten zu leistenden Erfüllungs-Eide, genügt, zumal da in dem producirten Journal-Extracte der Einnahme der Ladung in das Schiff Fisken gar nicht gedacht wird;

da ferner in dem gegenwärtigen Falle, wo der Ablader der versicherten Waaren zugleich der Rheder des Schiffes Fisken war und die Abladung von dem Orte seines Wohnsitzes geschah, den Versicherern der Beweis der behaupteten Seeuntüchtigkeit des Schiffes, nicht abgeschnitten werden kann,

daß das Handelsgerichtliche Erkenntniß a quo vom 24. Mai 1841, insofern dasselbe den Beklagten den Beweis, daß die versicherten Gegenstände, oder wie viele davon, nicht in das Schiff Fisken verladen worden, als selbstständigen Beweis auflegt, dahin abzuändern:

daß der Kläger innerhalb sechs Wochen, unter verstatteter Benutzung des producirten Connossementes et reprobatione salva,

die geschehene Verladung der versicherten Güter,

zu beweisen schuldig; auch den Beklagten, außer den ihnen im Erkenntnisse a quo nachgelassenen zweiten und dritten Beweisen, der in derselben Frist et reprobatione salva zu führende Beweis:

daß das Schiff Fisken bei dessen Abgange von Flekkefiörd seeuntüchtig gewesen sei,

nachzulassen; im Übrigen aber das Handelsgerichtliche Erkenntniß zu confirmiren, und die Kosten dieser Instanz zu compensiren seien.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß
vom 10. September 1842.
(Auf beklagtische Appellation.)

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch, die Sache selbst anlangend, das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Hamburg vom 10. Januar 1842, wie hiemit geschieht, soviel 1. die verlangte Edition des Original-Journals, 2. die Frist zur Antretung

Digitized by Google

des Beweises der übersetzten Taxe, und 3. den Beweis der Seeuntüchtigkeit des Schiffes betrifft, dahin abzuändern und näher zu bestimmen sei, daß

zu 1. der Kläger das auf der von den Beklagten versicherten Reise geführte Journal innerhalb sechs Wochen im Original gerichtlich vorzulegen schuldig sei;

zu 2. daß Beklagte erst nach der Vollführung des dem Kläger obliegenden Beweises der geschehenen Verladung der versicherten Güter, in einer alsdann vom Handelsgerichte anzusetzenden Frist den ihnen nachgelassenen Beweis der wesentlich übersetzten Taxe anzutreten haben, und

zu 3, daß der den Beklagten nachgelassene Beweis der Seeuntüchtigkeit dahin zu bestimmen sei, daß das Schiff Fisken entweder überhaupt, oder doch zu der fraglichen, von den Beklagten versicherten Reise untüchtig gewesen sei.

Im Übrigen wird das gedachte Erkenntniß, unter Vergleichung der Kosten dieser Instanz, bestätigt.

Entscheidungsgründe.

Die erste Beschwerde der Beklagten betrifft die von ihnen verlangte Edition des Original-Journals, welches während der versicherten Reise geführt worden, und des im Eingang der Verklarung erwähnten See-Protestes.

So viel nun die Editionspflicht des Klägers im Allgemeinen betrifft, so ist es eine, sowohl durch die Hamburgische Praxis, als durch diejenige des Ober-Appellationsgerichts anerkannte Regel, daß jeder Kläger schon als solcher verpflichtet ist, dem Beklagten alle Urkunden, welche jener besitzt, und die zu des Letzteren Vertheidigung in diesem Prozesse dienlich sein können, gerichtlich vorzulegen;

Martins Lehrbuch des Proz. § 316.

weshalb denn die vom Appellaten in jetziger Instanz zuerst vorgebrachte Beschränkung, daß der Kläger nur zur Edition solcher Urkunden verpflichtet sei, welche der Beklagte zum

Digitized by Google

Behuf eines directen Gegenbeweises verlange, nicht aber zur Vorlegung der zu einem selbstständigen Beweise des Beklagten etwa zu benutzenden Urkunden, keine Beachtung verdient. — Nicht zu gedenken, daß es noch keineswegs ausgemacht ist, ob nicht insbesondere das verlangte Journal gerade zum Gegenbeweise gegen die vom Kläger zu erweisende Verladung der versicherten Waaren und deren zufälligen Untergang auf der Reise zu benutzen sein werde.

Außerdem hat der Kläger dem Antrage der Beklagten noch entgegengesetzt:

1. daß derartige Editions-Anträge im Executivprozesse nicht zulässig sein;

2. daß die Beklagten kein Interesse bei ihrem Antrage hätten;

3. daß er, Kläger, die verlangten Urkunden nicht besitze, und

4. daß ihm eventuell gestattet werden müsse, statt der Originale beglaubigte Abschriften vorzulegen.

Nun ist aber

zu 1. das vom Kläger aufgestellte Princip, wenn es auch richtig wäre, hier schon deshalb nicht anzuwenden, weil die vorliegende Sache nicht im Executivprozesse, sondern in aller Form des ordentlichen Prozesses verhandelt worden ist.

Zu 2. ist freilich nicht abzusehen, welches Interesse die Beklagten haben könnten, den Seeprotest zu erhalten; dahingegen läßt sich die Erheblichkeit des Schiffs-Journals für ihre Vertheidigung kaum bezweifeln, wenn man auch nur die beiden Umstände in Erwägung zieht, daß sie wiederholt die Meinung geäußert haben, es möge das Journal wohl nicht vom Schiffer, sondern vom Kläger selbst, geschrieben sein, und daß sie durch das Journal diejenige Auskunft über die Verladung der versicherten Waaren, welche in dem der Verklarung zum Grunde gelegten Auszuge fehlt, erlangen wollen.

Zu 3. Hier mag es nun wohl richtig sein, wenn der Kläger den Besitz des Seeprotestes mit der Bemerkung

Digitized by Google

in Abrede stellt, daß derselbe nicht ausgelöset worden sei, wenigstens haben die Beklagten das Gegentheil nirgends behauptet, sondern nur erklärt, der Kläger könne und müsse den Protest anschaffen. Allein die Möglichkeit, daß der Kläger zum Besitz einer Urkunde gelangen könne, verpflichtet ihn noch nicht, dieselbe dem Beklagten zu ediren, sondern es ist dazu der wirkliche Besitz erforderlich, sofern dieser nicht mala fide aufgegeben ist.

Mittermaier im Archiv f. d. civil. Prax. Bd. 9. S. 381 f.

Dahingegen muß der Kläger das Original-Journal nothwendig entweder selbst, oder doch, da er der Rheder des Fisken ist, durch seinen Schiffer besitzen. Wirklich hat der Kläger auch in seiner ersten Erklärung auf den Editionsantrag zwar den Besitz des Protestes, nicht aber den des Original-Journals geleugnet.

Später ist zwar vom Kläger auch der Besitz des Journals in Abrede gestellt worden, jedoch mit dem Zusatze, daß solches zum Behuf der Verklarung zu den Acten gekommen, und nicht zurückgeliefert worden sei; allein die Behörde würde, wenn sie wirklich das Journal vom Kläger erhalten und noch jetzt in Verwahrung hätte, solches, nach dem längst beendigten Gebrauche desselben, nur für den Kläger besitzen, mithin mußte er selber als der wahre Besitzer angesehen werden.

Aus der bisherigen Entwickelung ergiebt sich also, daß dem Kläger zwar die Edition des Journals auferlegt werden mußte, daß aber der Antrag wegen des Seeprotestes nicht für hinlänglich begründet erachtet werden konnte. Zwar haben die Beklagten sich in dieser Beziehung noch darauf berufen, daß des Protestes im Eingange der Verklarung gedacht sei, folglich als ein Relatum der letzteren ihnen nicht vorenthalten werden könne; allein die beiläufige Erwähnung im Eingange der Verklarung, daß in Hinsicht des Schiffes früher ein gesetzlicher Protest abgelegt worden sei, macht diesen Protest noch keineswegs zu einem solchen Relatum, daß der-

Digitized by Google

selbe zum Verständniß der Verklarung erforderlich erachtet werden kann; mithin liegt noch in dieser Erwähnung kein Grund, die Vorlegung des Protestes zu fordern. Und es kommt auch hinzu, daß der Kläger mit Recht bemerkt, die Beklagten würden sich eine Ausfertigung des Protestes selbst verschaffen können, wenn ihnen wirklich etwas daran liegen sollte.

In Betreff des Journals konnte aber ad 4., dem eventuellen Antrage des Klägers, ihm allenfalls die Beibringung einer beglaubigten Abschrift zu gestatten, nicht deferirt werden, da kein Grund vorliegt, wodurch er an der Vorlegung des Originals verhindert sein könnte, und da, wie schon bemerkt worden, die Beklagten auch deßhalb die Edition verlangt haben, um zu sehen, von wem das Journal geführt worden sei, was sich nur aus dem Original ergeben kann.

II. Die zweite Beschwerde haben die Beklagten darein gesetzt, „daß bei nunmehr dem Kläger auferlegtem, innerhalb 6 Wochen anzutretendem Beweise der Verladung der Waare, die Beklagten noch in derselben Frist den Beweis der übersetzten Taxe antreten sollten," ist als völlig begründet anzuerkennen; denn es steht als gesetzliche Regel fest, daß der Beklagte nicht eher schuldig ist, den ihm obliegenden Beweis seiner Einreden anzutreten, als bis der Kläger den Grund seiner Klage erwiesen hat.

L. 9. C. de exeept. (8, 36.)

Und dieser Grundsatz ist auch, ungeachtet der Eventualmaxime, noch heutiges Tages gültig, wie das Ober-Appellationsgericht schon wiederholt ausgesprochen hat.

Jurist. Abhdl. Bd. 1. Abh. XV. § 7 und 8. S. 279, 280.

Im vorliegenden Falle kommt nun noch der besondere Grund hinzu, daß der dem Kläger auferlegte Beweis der Verladung präjudicieller Natur ist, da sich der Werth des Verladenen nicht eher bestimmen läßt, als bis man weiß, was denn wirklich verladen sei. Überdieß erscheint es als

Digitized by Google

sehr möglich, daß der Kläger seinen Beweis nur theilweise erbringt, in welchem Falle der Beweis der Beklagten wohl gar ganz überflüssig werden könnte, oder doch jedenfalls eine andere Richtung erhalten müßte. Demnach spricht hier auch die Zweckmäßigkeit für die Anwendung jener gesetzlichen Regel.

III. Die dritte Beschwerde der Beklagten: „daß der ihnen nachgelassene Beweis der Seeuntüchtigkeit nicht auch bestimmt darauf gerichtet worden, daß das Schiff Fisken überall nicht zu der fraglichen Fahrt geeignet gewesen sei," kann nicht wegen Conformität der beiden vorigen Erkenntnisse als unzulässig verworfen werden. Denn das Obergericht hat nur diejenigen an dasselbe gebrachten Beschwerden der Beklagten verworfen, welche in eben diesem Erkenntnisse zweiter Instanz nicht berücksichtigt worden sind. Die hier in Frage stehende Beschwerde ist aber berücksichtigt, indem dieselbe dahin ging, „daß nicht per expressum den Beklagten alle Zuständigkeiten wegen ihrer Einreden der schlechten, für die intendirte Reise unzureichenden Qualität des Schiffes reservirt worden seien." Denn es ward den Beklagten vom Obergerichte der Beweis nachgelassen, „daß das Schiff Fisken bei dessen Abgange von Flekkefiord seeuntüchtig gewesen sei." — Ob hier das Wort seeuntüchtig bloß im absoluten, oder zugleich im relativen Sinne, nämlich so verstanden worden sei, daß es auch auf eine Untüchtigkeit zu der hier in Frage stehenden Bestimmung des Schiffes gehen sollte, ist freilich zweifelhaft. Allein nach dem Princip, daß Erkenntnisse in dubio den Acten und Rechten gemäß zu erklären sind, mögte doch wohl das Letztere anzunehmen sein, zumal da die ratio des Obergerichts: daß in diesem Falle der Abladen zugleich der Rheder des Schiffes Fisken war, und die Abladung von dem Orte seines Wohnsitzes geschah, sich auch auf eine Verantwortlichkeit des Abladens für die relative Seetüchtigkeit des Schiffes, den Versicherern gegenüber, anwenden läßt. Gesetzt aber auch, das Obergericht hätte wirklich nur die allgemeine Seeuntüchtigkeit

Digitized by Google

zum Beweise verstellt, so würde doch darin eine theilweise, den Beklagten günstige Abänderung desjenigen Punktes des Handelsgerichtlichen Erkenntnisses liegen, wodurch Alles, was von den Beklagten hinsichtlich des Schiffes angegeben worden, für unwirksam in Beziehung auf die behauptete Nichtigkeit der Assecuranz erklärt wurde. Es konnten daher die Beklagten — nach dem vom Ober-Appellationsgerichte bisher immer befolgten Principe — ohne gegen den auf der Conformität der vorigen Urtheile beruhenden Grundsatz zu verstoßen, in dritter Instanz darauf antragen, daß jene Handelsgerichtliche Entscheidung noch weiter abgeändert, und noch günstiger für sie, als vom Obergerichte geschehen, erkannt werde.

Jurist. Abhandl. Bd. 2. No. VII. § 16. lit. e. § 17. S. 225 ff.

Die Sache selbst anlangend muß nun allerdings der Versicherte, wenn er, den vorhandenen Umständen nach, den Assecuradeuren der Ladung gegenüber im Allgemeinen für die Seetüchtigkeit des Schiffes verantwortlich ist, auch dafür aufkommen, daß dasselbe zu der in Frage stehenden Reise nicht untüchtig war. Denn beides beruht auf denselben Gründen; das Unrecht des Versicherten gegen die Assecuradeure der Ladung ist nicht geringer, wenn er wissentlich die Waare in ein Schiff verladet, welches nach allgemeiner Ansicht nicht groß oder nicht stark genug ist, um die bestimmte Reise zurücklegen zu können, als wenn er die Waaren einem Schiffe anvertrauet hat, dessen allgemeine Seeuntüchtigkeit ihm nicht unbekannt sein konnte.

Deshalb war der gedachten Beschwerde der Beklagten insoweit Statt zu geben. Auch konnte daran die Erwägung, daß das Obergerichtliche Erkenntniß schon in der hier gedachten Ausdehnung zu verstehen sein mögte, nicht hindern, da selbst in diesem Falle, wie sich eben aus der Beschwerde ergiebt, eine Erläuterung oder nähere Bestimmung des vorigen Urtheils für ganz zweckmäßig gehalten werden müßte.

Digitized by Google

Dahingegen war dem beiläufig geäußerten Verlangen der Beklagten, auch zu dem Beweise zugelassen zu werden, daß es nicht vernünftig oder rathsam gewesen sei, eine so werthvolle Ladung einem so kleinen und schlechten Schiffe anzuvertrauen, nicht zu willfahren, da hiebei allzuviel von der Ansicht jedes Einzelnen abhängt, und das Eingehen auf solche Einwendungen der Versicherer zu den größten Weiterungen führen würde.

Die Vergleichung der Kosten dieser Instanz ist eine nothwendige Folge der theilweisen Abänderung des vorigen Urtheils.

9.

Dr. C. Ebeling mand. nom. Gebr. **Greuter & Rieter** in Winterthur, Kläger, gegen **P. B. Schwabe & Comp.**, Beklagte.

Commissionsgeschäft. Verkauf unter dem Limitum. Wenn der Commissionair unter dem Limitum verkauft hat, so ist im Allgemeinen der Committent berechtigt, die Differenz zwischen dem erlangten Provenue und dem limitirten Preise zu fordern, ohne Beweis darüber führen zu müssen, daß ihm durch jenen Verkauf ein Schaden des betreffenden Betrages wirklich zugefügt worden sei.

— Indessen ist in dem gedachten Falle dem Commissionair auf desfallsiges Verlangen der Beweis nachzulassen, daß der Committent durch den Verkauf unter Limitum keinen Schaden (eventuell keinen Schaden der in Betracht kommenden Größe) erlitten habe.

— Von dem Commissionair ist hiebei kein strenger und förmlicher Beweis zu liefern, sondern eine glaubhafte Nachweisung muß schon genügen.

— Der Committent hat bei dem von dem Commissionair zu liefernden Nachweise alle Unkosten, welche die Waare noch ferner getroffen haben würden, auch etwanige neue oder fernere Provisionsposte in Rechnung bringen zu lassen.

Digitized by Google

Handelsgerichtliches Erkenntniß
vom 25. Januar 1840.

Erkannt:

da, wie der Verkaufs-Commissionair, welcher die Waare unter dem ihm limitirten Preise eigenmächtig verkaufte, nach einem ohne höchst bedenkliche Gefährdung des Interesses des Committenten nicht zu verlassenden Princip, in der Regel ohne Weiteres als Debitor des limitirten Preises erachtet wird,

vgl. Handelsgerichtliches Erkenntniß in Sachen Dris. Kramer c. Stavenüter, den 9. November 1831.

so auch hier die Beklagten, soweit sie zur Überschreitung des klägerischen Limitum potestivirten, mit Recht in gleichem Maaße in Anspruch genommen werden, und ihnen nur noch nachzulassen ist, darzuthun, daß durch Realisirung solchen Anspruchs Kläger mit ihrem, der Beklagten, Schaden sich bereichern würden, was allerdings insofern und soweit der Fall sein würde, als etwa nachweislich der von den Klägern eventuell beorderte bestmögliche Verkauf zu Singapore ihnen kein günstigeres Resultat als das jetzt vorliegende geliefert hätte,

daß die Beklagten den glaubhaften Nachweis zu liefern schuldig seien,

daß, wären die in Rede stehenden Waaren zur fraglichen Zeit von Batavia nach Singapore verschifft und daselbst ungesäumt bestmöglich verkauft, sie weniger — und wie viel weniger — als Bco. ℳ 13,792. 5. ß den mandantischen Klägern würden produciert haben.

Es ist in Bezug auf diesen letzteren Nachweis den Beklagten unbenommen, auch ihre etwanigen Provisionsansprüche in computum zu bringen und werden sie denselben innerhalb 12 Monate anzutreten haben.

Digitized by Google

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 10. Mai 1841.
(Auf klägerische Appellation.)

Erkannt:

daß der den Beklagten nachgelassene Nachweis über das Resultat, welches ein derzeit etwa vorgenommener Verkauf der fraglichen Güter in Singapore, gehabt haben würde, bei der Irrelevanz der Singapore Preise für den hier vorliegenden Rechtsstreit, in welchem die Beklagten, insofern und soweit ihre den Verkauf in Batavia betreffenden Instructionen ordrewidrig sind, unbedingt verhaftet sein werden, wieder aufzuheben sei.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß
vom 19. November 1842.
(Auf beklagtische Appellation.)

Erkannt:

daß die Formalien der Appellation für gewahrt zu achten, auch, Materialien anlangend, das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Hamburg vom 10. Mai 1841, wie hiemit geschieht, dahin abzuändern sei, daß den Beklagten noch nachzulassen sei, innerhalb zwölf Monate glaubhaften Nachweis darüber zu liefern:

daß, wären die in Rede stehenden Waaren zur fraglichen Zeit von Batavia nach Singapore verschifft und daselbst binnen einer den Umständen angemessenen Frist bestmöglich verkauft, sie den mandantischen Klägern weniger — und wie viel weniger — als Bco.ℳ 13,792, 5 ß würden producirt haben,

wobei es den Beklagten unbenommen bleibt, auch ihre etwanigen Provisionsansprüche in Anrechnung zu bringen, dem Kläger aber eine Gegennachweisung freisteht.

Entscheidungsgründe.

Bei der Beurtheilung der vorliegenden Sache sind die beiden Fragen durchaus zu trennen und zu unterscheiden,

Digitized by Google

ob in dem Falle, wenn der Commissionair unter Limitum verkauft hat, der Committent, welcher die Differenz fordert, noch einen besonderen Beweis darüber führen müsse, daß ihm durch jenen Verkauf ein Schaden von diesem Betrage wirklich zugefügt worden, und

ob in dem gedachten Falle dem Commissionair der Beweis nachzulassen sei, daß der Committent durch den Verkauf unter Limitum gar keinen Schaden gelitten habe.

Von diesen beiden Fragen ist die erste bereits durch zwei conforme Urtheile für die Kläger entschieden, und es läßt sich nicht verkennen, daß für die Ansicht, daß in der Regel dem Committenten ein solcher Beweis nicht aufzubürden sei, erhebliche Gründe der Billigkeit und des Interesses der Handlung sprechen, wie denn auch die Beklagten selbst deren Richtigkeit nicht bestreiten.

Dahingegen muß die zweite Frage, namentlich unter den hier vorliegenden Umständen, zu Gunsten der Beklagten entschieden werden, und es findet keineswegs ein Schluß aus der Verneinung der ersten Frage auf die Verneinung der zweiten Statt. Denn

1. die Nachlassung dieses Beweises ist den Grundsätzen des gemeinen Rechts völlig gemäß, da die Klage des Committenten auf die Differenz nichts anderes ist, als eine actio mandati in id quod interest, dieser Ausspruch aber durch den Beweis, daß kein Schaden vorhanden sei, hinwegfällt, weil die Verurtheilung in id quod interest immer die Existenz eines wirklich erlittenen Verlustes in dem einzelnen vorliegenden Falle voraussetzt;

L. un. C. de sentent., quae pro eo, quod interest profer. 7. 47.

und die Befreiung des Committenten vom Beweise kann hieran um so weniger etwas ändern, da sich für ein solches Verhältniß eine specielle Analogie in dem Satze findet, daß, wenn eine Sache während der mora des Schuldners durch einen casus untergeht, der Gläubiger zwar ohne Weiteres den ihm dadurch verursachten Schaden fordern kann; gleich-

Digitized by Google

wohl aber der Schuldner zu dem Beweise zugelassen wird, daß sich der Untergang der Sache auch ohne seine mora bei dem Gläubiger selbst ereignet haben würde.

L. 14. § 11. D. quod met. causa. 4. 2.
L. 14. § 1. D. depositi. 16. 3.

Die von den Klägern angeführte

L. 5. § 3. D. mandati. 17. 1.

gehört nicht hierher, da sie nicht von einer Klage auf Schadenersatz gegen den Mandatar, sondern von einer Vindication und einer dawider vorgebrachten exceptio rei venditae et traditae redet.

Vgl. § 4. ibid. und L. 1. § 3. D. de except. rei vendit. 21. 3.

2. Ein besonderer Hamburger Gerichtsgebrauch, wonach der fragliche Beweis dem Commissionair nicht nachgelassen würde, existirt offenbar nicht. Was der Sachführer der Kläger hierüber sagt, ist augenscheinlich eine Verwechslung mit der obigen ersten Frage, denn er beruft sich immer nur auf das Präjudicat in S. Dr. Kramer c. Stavenhüter von 1831, dieses aber ist grade dasselbe, welches in dem jetzigen Urtheile des Handelsgerichts, worin dem Beklagten der fragliche Beweis nachgelassen worden, angeführt und zum Grunde gelegt ist, kann also nichts Dem Entgegenstehendes enthalten. Auch in dem Obergerichtlichen Erkenntnisse ist von einem solchen Gerichtsgebrauche nicht die Rede.

3. Wenn die Kläger ferner einwenden, daß durch die Nachlassung eines derartigen Beweises das Interesse des Handels gefährdet werde, so paßt dieses wieder nur auf die erste Frage; und es würde vielmehr umgekehrt jenes Interesse dadurch gefährdet werden, wenn durch die Versagung des fraglichen Beweises jeder Commissionair, namentlich auch ein entfernt wohnender, der nicht füglich eine Instruction einholen kann, genöthigt würde, bei nicht zu erreichendem Limitum die Waaren unverkauft liegen zu lassen, wenngleich dies dem Committenten noch so nachtheilig wäre.

Digitized by Google

Freilich setzt nun

4. die Zulassung zu diesem Beweise immer voraus, daß dessen Führung möglich ist, also, daß sich nach den concreten Umständen mit Sicherheit nachweisen läßt, daß der Committent durch den Verkauf unter limitum wirklich keinen Verlust erlitten habe; allein diese Nachweisung ist gerade hier vollkommen thunlich, weil die Kläger für den Fall, wenn in Batavia die limitirten Preise nicht erreicht werden könnten, die bestimmte Ordre gegeben hatten, daß die Waare sofort nach Singapore weiter gesandt und an diesem letzteren Orte, ohne limitirte Preise, verkauft werden sollte, weil also, wenn ihre Ordre in Batavia streng befolgt wäre, die Waare nicht zu einer anderen beliebigen Disposition in ihrem Eigenthume verblieben, sondern in Singapore verkauft worden sein würde, und es mithin nur darauf ankommt, den Ertrag dieses Verkaufes in Singapore, im Verhältniß zu dem in Batavia, nachzuweisen. Von der Einholung einer anderweitigen Instruction für Singapore in dem Falle einer dortigen ungünstigen Conjunctur kann bei der großen Entfernung offenbar nicht die Rede sein; und wenn die Kläger ferner einwenden, daß sie bei einem Verkaufe in Singapore noch das besondere Interesse gehabt hätten, ihre Fabricate dort bekannt zu machen und denselben einen Markt für die Zukunft zu eröffnen, so ist theils die Möglichkeit eines solchen Vortheils etwas viel zu Ungewisses, um neben dem unmittelbaren Resultate des Verkaufs in Singapore berücksichtigt werden zu können, theils hätten die Kläger die Beklagten, als sie denselben den Auftrag zu dem versuchsweisen Verkaufe der Waaren in Batavia ertheilen ließen, zugleich von diesem besonderen Sachverhältnisse in Kenntniß setzen müssen, damit die Mandatare der Beklagten in Batavia, welche ebenfalls wegen der Entfernung nicht wohl erst eine weitere Instruction einholen konnten, ihr Benehmen als Commissionaire hiernach hätten bestimmen können.

Gegen die specielle Fassung des, den fraglichen Beweis betreffenden Theils des Handelsgerichtlichen Erkenntnisses

Digitized by Google

haben die Beklagten in der vorigen und jetzigen Instanz noch die drei Monita gemacht, daß

1. den Beklagten nicht bloß ein „glaubhafter Nachweis," sondern ein strenger und förmlicher Beweis aufzugeben,

2. aus dem Beweissatze das Wort „ungesäumt" wegzulassen,

und 3. den Beklagten nicht vorzubehalten sei, bei dieser Beweisführung auch ihre etwanigen Provisionsansprüche in Anrechnung zu bringen, weil sie in erster Instanz dergleichen Ansprüche nicht behauptet hätten.

Von diesen Einwendungen sind die erste und dritte ungegründet. Denn, den ersten anlangend, so liegt es in der Natur der Sache, daß bei der Nachweisung des Umstandes, zu welchen Preisen eine gewisse Waare in Singapore verkauft worden sein würde, wenn sie auf den dortigen Markt gebracht wäre, weder in formeller noch in materieller Hinsicht die volle Strenge einer gewöhnlichen Beweisführung gefordert werden kann, und daher erscheint die vom Handelsgerichte gewählte Fassung der desfallsigen Auflage, wodurch dem künftigen richterlichen Ermessen eine größere Freiheit gestattet wird, als völlig passend. Die von den Klägern geäußerte Besorgniß, als könnten nun auch werthlose Beweismittel zugelassen werden, beseitigt sich durch die Worte „glaubhafter Nachweis" von selbst.

Der für den Einwand unter 3. angeführte formelle Grund ist ganz unzutreffend, da eine specificirte Angabe der Kosten eines Verkaufs in Singapore, um hiernach den Reinertrag zu ermitteln, erst in das künftige Beweisverfahren gehört und in erster Instanz nicht erforderlich war; hinsichtlich der Frage aber, ob dem Beklagten in dem Falle eines Verkaufs in Singapore eine Provision gebührt haben würde, ist durch den fraglichen Vorbehalt nach dessen Fassung — „ihre etwanigen Provisionsansprüche" — nicht präjudicirt.

Dahingegen ist das Monitum unter 2. für gegründet zu achten. Denn die Kläger hatten für den Fall, daß die limitirten Preise in Batavia nicht zu erreichen sein würden,

Digitized by Google

nur die sofortige Weitersendung der Waare nach Singapore, nicht aber den sofortigen Verkauf derselben an diesem letzteren Orte unbedingt, und auch dann, wenn die augenblickliche Conjunctur ungünstig und eine günstigere nach einiger Zeit wahrscheinlich sein sollte, beordert; indem die in dem Briefe vom 9. October 1834 vorkommende Äusserung, daß die Kläger einen schnellen und vortheilhaften Absatz der Waaren in Singapore nicht bezweifelten und erwarteten, offenbar keine solche Ordre enthält. Die Zeit des Verkaufes war mithin, da es sich hier auch nicht etwa von einer Waare handelt, welche einem schnellen Verderb unterworfen gewesen wäre, oder durch ihr Volumen hohe Lagerungsspesen verursacht hätte, dem vernünftigen Ermessen der Commissionaire in Singapore überlassen.

Aus den vorstehenden Gründen war demnach das Handelsgerichtliche Erkenntniß in dem jetzt in Frage stehenden Punkte mit der einzigen Abänderung wiederherzustellen, daß dem Worte „ungesäumt" die Worte „binnen einer den Umständen angemessenen Frist" zu substituiren waren.

10.

F. J. Wex, Kläger, gegen die Curatores bonorum von **Georg Lübbers**, namentlich **Dr. D. Hertz, Hartog & Denker** und **Kleudgen & Comp.**, Beklagte.

Mieth-Contract. Kündbarkeit desselben im Falle des Fallissements des Miethers. Der Art. 22 No. 3 der Neuen Falliten-Ordnung, welcher auf längere Zeit geschlossene Mieth-Contracte in Fallissementsfällen für kündbar erklärt, ist nur von dem Falle zu verstehen, wo der Fallit Miether ist, räumt aber für diesen Fall sowohl den Curatoribus bonorum, als auch dem Vermiether das Kündigungsrecht ein.

— Schon das ältere Hamburgische Recht, und, mit demselben übereinstimmend, das Statut von 1603 räumte dem Vermiether nur

Digitized by Google

wegen verfallener Miethe ein Pfandrecht an den Effekten ein, hier aber unbeschränkt in Betreff des Zeitraums. So auch die Banquerottirer-Ordnung von 1647. (Das gemeine Recht gewährt das Pfandrecht auch wegen künftig fällig werdender Miethe.) — Die Neue Falliten-Ordnung beschränkt das Pfandrecht des Vermiethers für verfallene Miethe auf den Zeitraum eines Jahres, räumt für ältere verfallene Miethe nur die Rechte chirographarischer Gläubiger ein und beseitigt die Schwierigkeit, welche sich aus dem Anspruche wegen der ferner fällig werdenden Miethe ergiebt, durch die auch dem Vermiether eingeräumte Kündigungsbefugniß.

Aus den Entscheidungsgründen zum Ober-Appellationsgerichtlichen Erkenntnisse vom 16. Januar 1843.

Das Recht auch des Vermiethers, einen auf längere Zeit geschlossenen Mieth-Contract aufzukündigen, wenn der Miether in Fallissement gerathen ist, wird auf den

Artikel 22, No. 3, der Neuen Falliten-Ordnung

gestützt. Dort heißt es nämlich: „Miethcontracte aber, die noch „nach der Zeit des Fallissements laufen, hören nach demsel„ben, auf geschehene Stadtübliche Loskündigung, auf, ohne „auf die dieserhalben von dem Debitor vorhin errichteten „Contracte zu sehen.“ — Darf man nun auch diese Vorschrift des Gesetzes, weil sie bei Gelegenheit der Aufzählung der privilegirten Forderungen an die Fallitmasse gegeben ist, nicht, wie dies

Klefecker Samml. der Hamb. Ges. Th. 5, S. 109

zu thun scheint, auf solche Verhältnisse beziehen, bei denen der Fallit Vermiether ist, also eine Miethforderung an die Fallitmasse gar nicht in Frage steht, so ist doch kein Grund vorhanden, in den Fällen, wo der Fallit Miether ist, die vom Gesetz ertheilte Kündigungsbefugniß mit

Hasche Erläut. der Hamb. Fallit-Ordnung, Th. 1, S. 341

und anscheinend auch

Gries Comment. zum Hamb. Stadtr. Th. 1, S. 341.

Digitized by Google

auf dessen Gläubiger zu beschränken und dem Vermiether abzusprechen, denn die Bezugnahme in dem letzteren Werke auf eine angebliche, darin nicht näher nachgewiesene Praxis kann um so weniger beachtet werden, als der Prätor in seinem Erkenntniß vom 29. Juli 1842*) ein der neuesten Zeit angehöriges gleichförmiges Präjudicat zweier Instanzen von entgegengesetztem Inhalte angeführt hat, und eine nähere Prüfung des Ganges der Gesetzgebung in diesem Punkte auch zu einem dem Kündigungsrechte des Appellanten günstigen Resultate führt.

Während nämlich das gemeine Recht auch hinsichtlich künftiger Miethe dem Vermiether ein Faustpfandrecht an den Illaten einräumte,

L. 1, § 4 Dig. de migrando 43. 32.

gab schon das ältere Hamb. Recht

Stat. von 1270 VI, 15
„ „ 1292 C. V
„ „ 1497 G. XIV

und besonders das neuere

Stat. von 1603 II, 5. 4.

nur wegen verfallener Miethe, rückständiger Pension und Hauer — bei dieser aber ohne alle Beschränkung auf eine gewisse Zeit — dem Vermiether ein Vorzugsrecht an der eingebrachten fahrenden Habe des Miethers, und auch die

Banquerottiret-Ordn. von 1647

*) In diesem Prätur-Erkenntnisse heißt es:

„Da nach Art. 22, No. 3 der Neuen Falliten-Ordnung, wie erst kürzlich durch die vom Obergerichte bestätigte Entscheidung in Sachen Pilliot c. Cur. dom. Vogelberg anerkannt worden, auf längere Zeit geschlossene Miethcontracte nach dem Fallissemente eines der Mit-Contrahenten, auch auf geschehene stadtübliche Loskündigung des andern Contrahenten aufhören, daß u. s. w."

Das Obergericht hatte in der hier mitgetheilten Sache aus einem mit obiger Frage nicht in Verbindung stehenden Grunde das Prätur-Erkenntniß aufgehoben, jene Frage mithin nicht berührt.

Digitized by Google

erkannte im Art. 9 die Gültigkeit des allegirten Artikels des Statuts für den Fall des Concurses an.

Die Neue Falliten-Ordnung faßte nun zuerst dieses Verhältniß näher ins Auge und beschränkte dieses Vorzugsrecht im Fall des Fallissements des Miethers auf eines Jahres Miethe, bestimmte aber auch zugleich, wie es mit der älteren verfallenen, so wie mit der künftig noch fällig werdenden Miethe gehalten werden sollte, indem wegen jener der Vermiether unter die chirographarischen Gläubiger gesetzt ward, und die Schwierigkeit welche wegen der künftigen Miethe bei Aufrechthaltung des Contractes eingetreten wäre, dadurch beseitigt wurde, daß die Auflösung des Contractsverhältnisses herbeizuführen jedem Theile freigestellt ward, ohne diese Befugniß an eine andere Bedingung, als an die der vorgängigen stadtüblichen, d. i. halbjährlichen Loskündigung zu knüpfen. Da sonst die Neue Falliten-Ordnung, z. B. Art. 61. sub 3, trotz des Fallissements des Schuldners die Rechte des Creditors, welcher ein Faustpfand besitzt, soweit dieser aus demselben seine Befriedigung finden kann, ungeschmälert läßt, so kann man wohl annehmen, daß das Bedürfniß, daß nicht die gänzliche Liquidation der Fallitmasse, bis nach dem Ablauf eines mehrjährigen Miethcontractes sollte aufgehalten werden können, es war, welches dahin führte, im Falle der Insolvenz-Erklärung des Miethers das dem Vermiether wegen der künftig fällig werdenden Miethe zustehende Pfandrecht an den Illaten zu beseitigen. Im hohen Grade unbillig wäre es aber gewesen, wenn man bei dieser Gestaltung des Verhältnisses den Vermiether noch an den Contract hätte binden wollen, und es ist um so weniger Grund vorhanden, in die allgemein gefaßten Worte des Gesetzes, welche keine Unterscheidung zwischen den Rechten des Vermiethers und der Gläubiger des Miethers aufstellen, diesen Sinn hineinzulegen, als die Präsumtion immer für die Rechtsgleichheit der Contrahenten streitet. Hier kommt nun aber noch hinzu, daß sobald man annimmt, daß dem Vermiether das Recht der Kündigung nicht zustehe,

Digitized by Google

das Gesetz dann noch die große Härte gegen ihn enthalten würde, daß er bei einem noch eine Reihe von Jahren laufenden Contracte über dessen Fortbestand in beständiger Ungewißheit bleibe, weil es dann dem Gutbefinden der Curatoren freigestellt wäre, den Vermiether an dem Contracte festzuhalten oder in jedem halben Jahre ihm denselben zu kündigen, ohne sich im Voraus darüber zu erklären.

Demnach ist das klägerische Kündigungsrecht durch den Art. 22 der Neuen Falliten-Ordnung begründet.

Digitized by Google

Erkenntnisse und Entscheidungsgründe aus dem Jahre 1841.

Digitized by Google

Digitized by Google

11.

Dr. E. H. Eden mand. nom. **H. Müller**, Appellant und Querulant.

Ober-Appellationsgerichts-Competenz. Nichtigkeitsbeschwerden gegen Erkenntnisse des Hamburgischen Obergerichts in Criminalsachen. Rechtsfall. In einer gegen einen Fallliten geführten Untersuchungssache war vom Obergerichte ein Straf-Erkenntniß abgegeben worden. Der Inculpat legte gegen dieses Erkenntniß eine bei dem Ober-Appellationsgerichte anzubringende Nichtigkeitsbeschwerde ein. Das Obergericht erklärte dieses Rechtsmittel wegen Incompetenz des Ober-Appellationsgerichts für unzulässig. — Das Ober-Appellationsgericht sprach sich dagegen für seine Competenz aus.

— — Nach § 40 der Ober-Appellationsgerichts-Ordnung findet in Hamburgischen Criminalsachen keine Berufung an das Ober-Appellationsgericht Statt, mit alleiniger Ausnahme der Fälle, wo unmittelbare Verbrechen gegen den Staat in Frage stehen, in welchen dem Angeklagten jene Berufung verstattet ist.

— — Ausführung der Gründe, wegen welcher das Ober-Appellationsgericht eine auf alle Hamburgische Criminalsachen ausgedehnte Competenz insofern annimmt, als es sich um Nichtigkeitsbeschwerden gegen Obergerichtliche Erkenntnisse handelt.*)

Obergerichtliches Decret
vom 20. September 1841.

Erkannt:

daß dem wider das Straf-Concluſum vom 30. August a. c. interponirten remedio appellationis an das Ober-

---

*) Vgl. Dr. H. B. Sloman, die Competenz des Ober-Appellationsgerichts in Hamburgischen Criminalsachen. Hamburg 1841. — Neue Hamburgische Blätter. 1841. S. 45 ff. S. 54 ff.

Digitized by Google

Appellationsgericht zu Lübeck, als in dieser Untersuchungssache unzulässig, nicht zu deferiren, dem m. u. Supplicanten aber die Inspection der Untersuchungs-Acten und die Einreichung einer weiteren Vertheidigung in einer ihm dazu sub poena desertionis bewilligten Frist von 4 Wochen zu verstatten.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß vom 30. Januar 1841.

Erkannt:

daß die Beschwerde über abgeschlagene Appellation gegen das Decret des Obergerichts der Freien Hansestadt Hamburg vom 20. September 1839 und die Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Erkenntniß des Obergerichts vom 30. August desselben Jahres zwar in den Formalien für rechtsbeständig, auch die Nichtigkeitsbeschwerde für anher erwachsen zu achten, Materialien anlangend aber, beide Beschwerden, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten dieser Instanz, als unbegründet zu verwerfen seien.

Entscheidungsgründe.

Die angebrachte Nichtigkeits-Beschwerde betreffend, so ist dieselbe freilich für formell zulässig zu achten. Wenn man nämlich die Frage, ob in Hamburgischen Criminalsachen gegen Erkenntnisse des Obergerichts eine Nichtigkeitsbeschwerde an das Ober-Appellationsgericht gebracht werden könne

1. nur nach dem Inhalte der Gerichts-Ordnung für das Ober-Appellationsgericht beurtheilt, so kann die Bejahung dieser Frage nicht für zweifelhaft erachtet werden. Denn die ebengedachte, im § 40, Absch. 2 der Ordnung für die Freie Stadt Hamburg enthaltene Ausnahme geht nach ihrer klaren Fassung nur auf das Rechtsmittel der weiteren Vertheidigung, da der § 40 in dem Abschnitte 2 „Competenz

Digitized by Google

des Ober-Appellationsgerichts," bei dem Rechtsmittel der weiteren Vertheidigung in Criminalsachen steht, und da im Absatz 2 durch die Worte:

„so ist auf sie (die Freie Stadt Hamburg) die obige Bestimmung nicht anwendbar, sondern in Hinsicht ihrer diese Berufung ausgeschlossen,"

auf den § 37 der Ordnung und auf die darin vorkommende Art der Berufung verwiesen wird, der § 37 aber lautet:

„Gegen alle von den Obergerichten der Städte — — in erster Instanz abgegebene Erkenntnisse in Criminalsachen kann die Berufung an das Ober-Appellationsgericht vermöge des Rechtsmittels der weiteren Vertheidigung eintreten."

Der § 41 hingegen, welcher von der Nichtigkeitsbeschwerde handelt, die den Gegenstand des folgenden Abschnitts der Ordnung III „Competenz des Ober-Appellationsgerichts bei Nichtigkeitsbeschwerden" bildet, enthält die allgemeine und unbeschränkte Vorschrift:

„Die Nichtigkeitsbeschwerde gegen Erkenntnisse oder Verfügungen der Obergerichte muß bei dem Ober-Appellationsgericht angestellt werden,"

ohne irgend eine Ausnahme für Hamburg zu machen, und die im Artikel 40 bei der weiteren Vertheidigung vorkommende Ausnahme auf die Nichtigkeitsbeschwerde auszudehnen, ist unstatthaft, weil theils die dispositiven Worte des § 40 ganz bestimmt nur auf die Berufung vermöge weiterer Vertheidigung gehen, die ein von der Nichtigkeitsbeschwerde völlig verschiedenes Rechtsmittel ist, theils auch die im § 40 eingeführte ratio nicht etwa in dem allgemeinen Satze, daß in Hamburg überall keine Criminalsachen, oder keine andere Sachen als privatrechtliche Streitigkeiten, an das Ober-Appellationsgericht gebracht werden könnten, sondern darin besteht, daß in Hamburg in eigentlichen Criminalfällen in zwei Instanzen erkannt werde, mithin in einem Grunde, welcher sich ebenfalls speciell auf die

Digitized by Google

weitere Vertheidigung bezieht, die nach § 37 nur gegen Obergerichtliche Erkenntnisse erster Instanz eintritt, welcher hingegen auf die Nichtigkeitsbeschwerde, wobei sich diese letztere Bestimmung nicht findet, gar nicht paßt.

Daß übrigens die gedachte Bestimmung im § 41 auch auf Obergerichtliche Erkenntnisse in Criminalsachen geht, kann keinen Zweifel leiden; theils, weil dieser Abschnitt, welchem die beiden Abschnitte voraufgehen: „Competenz des Ober-Appellationsgerichts: I. Bei Appellationen in Civilsachen, II. Bei dem Rechtsmittel der weiteren Vertheidigung in Criminalsachen" im Gegensatze hievon allgemein lautet: „III. Bei Nichtigkeitsbeschwerden," theils nach dem hier ganz entscheidenden § 190. — In der Gerichts-Ordnung für das Ober-Appellationsgericht ist demnach die Competenz des Letzteren für Nichtigkeitsbeschwerden in Criminalsachen allgemein, ohne eine Beschränkung hinsichtlich der Freien Stadt Hamburg, ausgesprochen; und es liegt vielmehr darin, daß bei der weiteren Vertheidigung im § 40 eine solche Beschränkung gemacht ist, bei der Nichtigkeitsbeschwerde hingegen in dem unmittelbar folgenden § 41 nicht, mithin die unbeschränkte Fassung des § 41 einen Gegensatz von der Beschränkung im § 40 bildet, in der That ein positives Argument dafür, daß eine Nichtigkeitsbeschwerde auch bei Hamburger Criminalsachen eintrete.

2. Es kommt also nur noch darauf an, ob etwa die gedachten Bestimmungen der Gerichts-Ordnung für das Ober-Appellationsgericht, welche sich ganz ebenso schon in der provisorischen Gerichts-Ordnung von 1820, § 15 und 16, fanden, durch die, mit der letzteren gleichzeitig publicirte, Hamburgische Appellabilitäts-Verordnung abgeändert worden seien; indem sich aus keinem anderen älteren oder neueren Hamburgischen Gesetze etwas hierauf Bezügliches entnehmen läßt.

In dieser Verordnung ist nun eine ausdrückliche Bestimmung, daß in Criminalsachen auch keine Nichtigkeitsbeschwerde an das Ober-Appellationsgericht zulässig sei, durch-

Digitized by Google

aus nicht enthalten, und es könnte nur daraus ein Bedenken entstehen, daß in dem Abschnitte I gesagt ist:

„Als privatrechtliche Streitigkeiten sind ihrer Natur nach nicht anzusehen und können daher ganz und gar nicht an das Ober-Appellationsgericht gebracht werden, alle Streitigkeiten in Gesetzgebungs-, Regierungs-, Cameral-, Administrations-, Polizei-Sachen, überhaupt in allen und jeden öffentlichen Sachen,"

indem sich nämlich die Frage aufwerfen läßt, ob hier nicht der Grundsatz ausgesprochen sei, daß solche Sachen, welche keine privatrechtliche Streitigkeiten sind, in Hamburg durch keine Art von Rechtsmittel, also auch nicht durch eine Nichtigkeitsbeschwerde, an das Ober-Appellationsgericht gebracht werden können, worunter dann die Criminalsachen, welche zwar zu den Justizsachen, aber nicht zu den privatrechtlichen Streitigkeiten gehören, mit begriffen sein würden.

Allein in dieser Stelle, so wie überhaupt in der ganzen Verordnung, ist nur von dem Rechtsmittel der Appellation die Rede; wofür folgende Gründe entscheidend sind:

a. Der Titel der Verordnung lautet: „Appellabilitäts-Verordnung."

b. In der voranstehenden Vorrede ist ausdrücklich als Gegenstand und Zweck der Verordnung angegeben:

„die Sachen zu bestimmen, in welchen von Hamburgischen Gerichten an dasselbe (das Ober-Appellationsgericht) mit oder ohne Suspensiveffect appellirt werden kann."

c. In dem vorhergehenden Inhalte, welcher in einer nochmaligen übersichtlichen Zusammenstellung der in der Verordnung enthaltenen Hauptsätze besteht, ist der gedachte Satz:

„als privatrechtliche Streitigkeiten sind — — — nicht anzusehen nnd können daher ganz und gar nicht an das Ober-Appellationsgericht gebracht werden"

so gefaßt:

„I. Die Berufung an das Ober-Appellationsgericht hat nur in privatrechtlichen Streitigkeiten Statt;"

Digitized by Google

welcher Ausdruck sowohl der Etymologie als dem Sprachgebrauche nach das deutsche Wort für die Appellation mit Inbegriff der weiteren Vertheidigung, als eines devolutiven Rechtsmittels,

§ 37 der Gerichts-Ordnung für das Ober-Appellationsgericht.

ist, aber, wenigstens wenn man genau redet, nicht von Nichtigkeitsbeschwerden gebraucht wird.

d. In dem Titel der Verordnung kommen die in Frage stehenden Worte:

„Sachen, welche — ganz und gar nicht — an das Ober-Appellationsgericht gebracht werden können"

ebenfalls vor; aber hier wird der Gegensatz gemacht:

„oder doch nur mit bloßem Devolutiveffect."

Durch diesen Gegensatz sind theils auch diejenigen Fälle, welche in der Verordnung unter II, § 4 und III, § 5 und 6 enthalten sind, unter den Begriff „Sachen, welche ganz und gar nicht an das Ober-Appellationsgericht gebracht werden können," gestellt, woraus dann folgt, daß dieser Begriff, da bei jenen Fällen nur die Appellation unstatthaft, die Nichtigkeitsbeschwerde hingegen statthaft ist,

Gerichts-Ordnung für das Ober-Appellationsgericht § 41,

sich nur auf die Appellation und nicht auf die Nichtigkeitsbeschwerde bezieht: theils erhellt daraus, daß die Worte „ganz und gar nicht" nichts weiter bedeuten sollen, als „selbst nicht mit bloßem Devolutiveffecte," also gar nicht den Sinn haben, „durch keine Art von Rechtsmittel."

e. Wenn man den ganzen Inhalt der Appellabilitäts-Verordnung — soweit dieselbe das Ober-Appellationsgericht betrifft — mit dem Inhalte der §§ 14 und 16 der provisorischen Gerichts-Ordnung für das Ober-Appellationsgericht, der § 34, Abschn. 8, 35, 41, 42, Abschn. 1 der definitiven Ordnung.

vergleicht, so geht durchaus deutlich hervor, daß jene Ver-

Digitized by Google

ordnung nur in Beziehung auf den § 14, also auf die Appellation in Civilsachen erlassen worden ist. Im § 14 nämlich war bei der Appellation in Civilsachen zwar die Bestimmung gemacht, daß dieselbe nur wegen privatrechtlicher Streitigkeiten Statt finde, der Begriff dieser letzteren aber nicht näher festgesetzt, und es war ferner darin der Gesetzgebung der einzelnen Freien Städte überlassen, zu bestimmen, theils, welche privatrechtliche Streitigkeiten mittelst Appellation von den Obergerichten an das Ober-Appellationsgericht gelangen könnten, theils, in welchen Fällen der Appellation nur die Devolutivwirkung zusteche; wo hingegen sich bei der Nichtigkeitsbeschwerde — § 16 — dergleichen unbestimmt gelassene Punkte, Vorbehalte und Verweisungen nicht fanden, sondern hier Alles in der Ordnung selbst positiv und unbedingt vorgeschrieben war. Bei der Appellation waren also nun in den einzelnen Freien Städten gesetzliche Bestimmungen über die gedachten Punkte, als eine Ergänzung der Gerichts-Ordnung für das Ober-Appellationsgericht, zulässig und erforderlich, und gerade diese Bestimmungen sind in der Hamburgischen Appellabilitäts-Verordnung enthalten, welche gleichzeitig und mit jener Gerichts-Ordnung publicirt ist. Hier ist nämlich zuerst — § 1 und 2 — der Begriff von privatrechtlichen Streitigkeiten näher festgesetzt; sodann — im § 3 bis 6 — ist bestimmt, welche Sachen, obgleich dieselben privatrechtliche Streitigkeiten betreffen, doch nicht durch Appellation an das Ober-Appellationsgericht gelangen können; und zuletzt, — im § 8 — in welchen Fällen die Appellation keinen Suspensiveffect haben soll. Dieses Verhältniß der Appellabilitäts-Verordnung zur Gerichts-Ordnung für das Ober-Appellationsgericht ist dann auch sehr klar in der Vorrede der Ersteren ausgesprochen:

„Da die — — — Errichtung eines gemeinschaftlichen Ober-Appellationsgerichts es erforderlich macht, genauer als es in der für daſſelbe publicirten provisorischen Gerichts-Ordnung geschehen, die Sachen zu bestimmen, in welchen

Digitized by Google

von Hamburgischen Gerichten an dasselbe mit oder ohne Suspensiveffect appellirt werden kann."

Soll nun aber die Appellabilitäts-Verordnung nur eine Ergänzung des § 11 der provisorischen Gerichts-Ordnung sein, so folgt daraus wieder, daß in der Stelle:

„Als privatrechtliche Streitigkeiten sind ihrer Natur nach nicht anzusehen, und können daher ganz und gar nicht an das Ober-Appellabilitätsgericht gebracht werden."

die Worte „ganz und gar nicht" nur den, sich alsdann von selbst verstehenden Sinn haben:

„und können daher ganz und gar nicht mittelst Appellation an das Ober-Appellationsgericht gebracht werden,

da der § 14 nur davon handelt, welche Sachen „mittelst Appellation" an das Ober-Appellationsgericht gelangen können. Ebenso ist auch in den Verordnungen, welche in den übrigen Freien Städten bei Gelegenheit der Publication der provisorischen Gerichts-Ordnung erschienen sind, in Beziehung auf das Ober-Appellationsgericht lediglich von der Appellation, und nirgends von der Nichtigkeitsbeschwerde die Rede.

Frankf. Verordn. vom 8. Februar 1820.
Lüb. Verordn. vom 5. Juli 1820.
Brem. Ger.-Ordn. vom 9. November 1820. § 604—613.

f. Endlich würde es nicht erklärlich sein, wie die §§ 15 und 16 der provisorischen Gerichts-Ordnung und die Appellabilitäts-Verordnung so, wie jetzt geschehen ist, hätten gefaßt werden können, wenn es bei Errichtung des Ober-Appellationsgerichts wirklich die Absicht gewesen wäre, daß in Hamburgischen Criminalsachen keine Nichtigkeitsbeschwerde beim Ober-Appellationsgerichte zulässig sein solle. Es wäre nämlich unter dieser Voraussetzung gar nicht abzusehen,

erstlich, weshalb der Gerichts-Ordnung, welche ja von der Freien Stadt Hamburg mit ausgegangen, und in dieser, gleichzeitig mit der Appellabilitäts-Vrrordnung als Gesetz publicirt worden ist, eine solche Fassung gegeben sein sollte,

Digitized by Google

daß nicht nur jener Satz auf keine Weise daraus entnommen werden kann, sondern vielmehr — nach der Ausführung unter 1, — in den §§ 15 und 16 das Gegentheil davon liegt;

zweitens, warum, zumal bei dieser Fassung der Gerichts-Ordnung, in der Appellabilitäts-Verordnung der gedachte Satz nicht deutlich und bestimmt ausgesprochen, sondern nur implicite durch die mehrerwähnten, jedenfalls dunkeln und zweifelhaften Worte ausgedrückt wäre;

drittens, weshalb in § 1 der Appellabilitäts-Verordnung, während doch darin alle andern Sachen, welche, weil sie keine privatrechtliche Streitigkeiten sind, nicht an das Ober-Appellationsgericht gebracht werden sollen, so speciell und detaillirt aufgeführt werden, die Criminalsachen, welche eine der wichtigsten Hauptclassen der hier in Frage kommenden Sachen bilden, und bei denen, als Justizsachen, es gerade am meisten nöthig gewesen wäre, eine solche Ausschließung auszusprechen, gar nicht genannt und nur etwa unter den allgemeinen Eingangsworten des § 1 „Streitigkeiten in öffentlichen Sachen" mitbegriffen sein sollten, welche auf Criminalsachen im Allgemeinen nicht einmal passen, da im Falle des inquisitorischen Prozesses keine Streitigkeit vorhanden ist. Diese Nichterwähnung der Criminalsachen ist hingegen nach der obigen Auslegung, wonach die Verordnung nur auf die Appellation geht, ganz natürlich und in der Ordnung; denn daß in Hamburgischen Criminalsachen — mit Ausnahme der unmittelbaren Verbrechen gegen den Staat — keine Appellation an das Ober-Appellationsgericht zulässig sei, war bereits im § 15 der Gerichts-Ordnung gesagt, die Appellabilitäts-Verordnung aber sollte nach ihrem Titel nur die Bestimmung derjenigen Sachen enthalten, welche „außer den schon in der Ober-Appellationsgerichts-Ordnung als solche angegebenen" nicht an das Ober-Appellationsgericht gebracht werden können.

Daß übrigens eine Nichtigkeitsbeschwerde beim Ober-Appellationsgerichte nur in Justizsachen, mithin nicht in den im § 1 der Appellabilitäts-Verordnung erwähnten Fällen,

Digitized by Google

insofern dieselben keine Justizsachen sind, Statt findet, versteht sich nach der Stellung des Ober-Appellationsgerichts, als einer bloßen Gerichtsbehörde, von selbst.

Zugleich konnte es auch kein Bedenken haben, daß über die bisher erörterte Frage, ob die Nichtigkeitsbeschwerde allher erwachsen sei, vom Ober-Appellationsgerichte selbst zu erkennen war, und daß hier nicht etwa die Vorschrift des

§ 2 c, der Appellabilitäts-Verordnung

eine analogische Anwendung findet. Denn theils ist diese letztere Bestimmung als ein jus singulare überhaupt nicht auszudehnen, theils sind auch der dort vorkommende und der hier vorliegende Fall völlig verschieden, indem die Frage dort darin besteht, ob eine Sache eine Justizsache sei, und überhaupt vor die Gerichte gehöre, hier hingegen bloß darin, ob in einer unstreitigen Justizsache ein gewisses Rechtsmittel bei dem Ober-Appellationsgerichte zulässig sei; was ganz dem Falle

des § 119 der Gerichts-Ordnung für das Ober-Appellationsgericht

gleichsteht.

12.

Gumprecht Moses, Kläger, gegen **James Godfrey Booth**, Beklagten.

Mieth-Contract. Competenz der Prätur, resp. des Niedergerichts für Klagen aus Mieth-Contracten. Rechtsfall. B. hatte von M. ein Haus von Himmelfahrt 1839 an, auf drei Jahre gemiethet, dasselbe aber nicht bezogen, weil er Bedenken über dessen baulichen Zustand hatte. M. belangte den B. kurz nach Himmelfahrt beim Niedergerichte auf Annahme der Schlüssel, wurde aber dort abgewiesen, weil Klagen auf Erfüllung von Mieth-Contracten vor die Prätur gehörten. — Hierauf klagte B. beim Niedergerichte auf Unverbindlich-Erklärung des Mieth-

Digitized by Google

Contractes. Das Niedergericht erkannte seine Competenz an. — Drei Tage nachdem dem M. die Citation zu der vorbemerkten Klagstellung zugekommen war, citirte derselbe seinerseits den B. bei der Prätur zur Bezahlung von 1800 ℔, Martini fällig gewesener halbjähriger Miethe. Der Beklagte schützte bei der Prätur die Einreden der Litispendenz und der Prävention bei dem Niedergerichte vor. — Die Prätur verwarf diese Einreden, verwies den Beklagten mit seinen Einwendungen gegen die Mietheforderung ad separatum und condemnirte ihn in die Miethezahlung. Der Beklagte querulirte und supplicirte hiegegen an das Obergericht; Ersteres, weil die Prätur incompetent gewesen sei. — Das Obergericht und Ober-Appellationsgericht verwarfen die Querel und erkannten hauptsächliche Handlung an.

— — Der Art. 27, No. 2 der Verordnung über die Organisation der Justizbehörden, 29. December 1815*) hat den Zweck, die Einklagung liquider Mietheforderungen möglichst zu erleichtern, gleichwohl gehören auch illiquide Mietheforderungen vor die Prätur. Dagegen hängt die Frage, welche Einreden gegen eingeklagte Mietheforderungen bei der Prätur vorgebracht werden dürfen, und welche in separato — unter Umständen vor dem Niedergerichte — auszuführen sind, von deren größeren oder geringeren Liquidität ab. Auch die Folgen einer Prävention vor dem Niedergerichte sind demgemäß zu bestimmen.

— Suspensiveffect. Die Vorschrift des §8 der Appellabilitäts-Verordnung, daß die Ober-Appellation in Sachen, welche Miethe betreffen (insofern selbige laufende, oder für die letzten zwei Jahre rückständige ist), keinen Suspensiveffect haben, ist als eine ausnahmslose anzusehen.

Entscheidung über Competenz. Nichtigkeitsbeschwerde. Jeder Richter hat die Befugniß, seine Competenz zu prüfen und darüber selbst zu erkennen. Ist seine Entscheidung eine irrige, so kann sie doch in der Regel nur, wie jedes andere Erkenntniß, mittelst ordentlicher Rechtsmittel wieder beseitigt werden. Auch ist, wenn sie rechtskräftig wird, das weitere Verfahren vor dem, wenngleich incompetenten Richter gültig.

*) Die Jurisdiction der Präturen ist begründet:
„2. Wenn Miethe oder Zinsen, wie hoch dieselben sich auch belaufen, eingeklagt werden, imgleichen in allen Loskündigungs- und Mobilisirungssachen."

Digitized by Google

Prävention. Collision von Klagen in ordinario und in summario. Es ist unwirksam, wenn Jemand, welcher mittelst einer Klage im Executiv-Prozesse belangt werden kann, seinem Gegner die Vortheile dieser Prozeßart dadurch zu entziehen versucht, daß er seinerseits auf Annullirung der betreffenden Contracte oder sonstigen Urkunden klagt.

Prätur-Erkenntniß
vom 16. Januar 1840.

Erkannt:

da nach Art. 27 sub No. 2 der Verordnung wegen veränderter Organisation der Justiz-Behörden vom 29. December 1815 alle Klagen auf Erfüllung von Mieth-Contracten ohne Unterschied in erster Instanz ausschließlich der Prätur-Competenz zugewiesen sind, mithin von einer Litispendenz oder Prävention bei einem andern Gerichte hier nicht die Rede sein kann; da Beklagter es nicht in Abrede stellt, die fragliche Wohnung vom Kläger von Himmelfahrt a. pr. an, für die libellirte Summe gemiethet zu haben: daß Beklagter die eingeklagten Ct.℔ 1800 dem Kläger binnen acht Tage s. p. execut. und die Kosten dieses Prozesses zu bezahlen schuldig, mit seinem illiquiden Vorbringen aber ad separatum zu verweisen sei.

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 20. März 1840.
(Auf beklagtische Beschwerdeführung.)

Erkannt:

da der Beklagte mit seinen Einwendungen wider die libellirte Mietheforderung, um so mehr als das von demselben gemiethete Haus quaest., der eigenen Anführung des Klägers zufolge, noch gar nicht bezogen, sondern die Annahme der Schlüssel von dem Beklagten verweigert worden, in dem gegenwärtigen Verfahren zu hören und, bei nicht erfolgter hauptsächlicher Einlassung, vorerst zu solcher ordnungsmäßig zu verpflichten ist, daß, unter Verwerfung der übrigen sup-

Digitized by Google

plikantischen Beschwerden und Anträge, das Conclusum des Wohlweisen Herrn Prätoris a quo vom 16. Januar a. c., seiner dereinstigen Wiederherstellung unbeschadet, für jetzt wieder aufzuheben, und dem Beklagten die vorgängige Beibringung seiner hauptsächlichen Handlung in termino sub poena contumaciae praefigendo nachzulassen sei.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß
vom 8. Februar 1841.
(Auf beklagtische Appellation.)

Erkannt:

daß zwar die Formalien der Appellation für gewahrt zu achten, Materialien anlangend jedoch, das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Hamburg vom 20. März vorigen Jahres, sowie auch das Decret desselben vom 30. März vorigen Jahres*), wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten dieser Instanz, lediglich zu bestätigen sei.

Entscheidungsgründe.

Die Appellation des Beklagten kann nur insofern für statthaft gehalten werden, als er schon beim Obergerichte dem Erkenntnisse erster Instanz unheilbare Nichtigkeit vorgeworfen, und dieserhalb die Nullitätsfrage principaliter angestellt hat, da ihm in Beziehung auf seine in voriger Instanz angebrachte Supplication offenbar zwei conforme Entscheidungen entgegenstehen, soweit nicht das Prätur-Erkenntniß bereits zu seinen Gunsten abgeändert worden ist. Jene angebliche Nichtigkeit des Prätur-Erkenntnisses aber, welche aus einer Incompetenz des Prätors hervorgehen sollen, ist augenscheinlich ganz ungegründet.

---

*) Durch obiges Decret war der Einlegung der Appellation deferirt, jedoch
„in Gemäßheit des § 8 der Appellabilitäts-Verordnung vom 7. Juli 1820 ohne Suspensiveffect."

Digitized by Google

Die Incompetenz der Prätur könnte nemlich, selbst wenn sie an sich gegründet wäre, doch jedenfalls jetzt nicht mehr als ein Nichtigkeitsgrund angesehen werden, weil über diese Frage schon eine besondere Verhandlung vor dem Prätor Statt gefunden, und Letzterer sich hierauf nach Anhörung beider Parteien ausdrücklich für competent erklärt hat. Denn auch dem incompetenten Richter kann die Befugniß, seine eigene Competenz zu prüfen und darüber in erster Instanz ein Erkenntniß abzugeben, nicht entzogen werden;

l. 2 pr. D. si quis in jus voc. (2. 5.)
l. 5. D. de judic. (5. 1.)

und wenn seine Entscheidung eine irrige ist, so kann sie doch in der Regel nur, wie jedes andere Erkenntniß, durch ordentliche Rechtsmittel wieder beseitigt werden; woraus dann von selbst folgt, daß das weitere Verfahren auch vor dem an sich incompetenten Richter gültig bleiben muß, falls die vorausgegangene Competenz-Erklärung geradezu, oder durch Bestätigung in der oberen Instanz, rechtskräftig geworden ist.

Zu diesem schon für sich allein völlig entscheidenden Umstande kommt aber überdies auch noch hinzu, daß der Prätor sich in dem vorliegenden Falle mit vollem Rechte für competent erklärt hat, indem die dawider vorgebrachten Einwände der Beklagten alles Grundes ermangeln. Wenn nemlich der Letztere

A. schon nach der Natur des Streitgegenstandes eine Incompetenz des Prätors zu behaupten gewagt hat, so steht ihm darin die völlig klare Vorschrift des Art. 27 der Verordnung vom 29. December 1815 wegen Organisation der Justiz-Behörden ꝛc. ꝛc. entgegen, indem das dort unter No. 2 von eingeklagter Miethe Gesagte auf alle fälligen Miethe-Gelder zu beziehen ist, ohne alle Rücksicht auf die höhere oder mindere Liquidität der eingeklagten Forderung. Denn wenn gleich der Zweck jenes Gesetzes nur dahin gehen konnte, die Einklagung von wirklich liquiden Mietheforderungen möglichst zu erleichtern und zu beschleunigen, so würde doch dieser Zweck gänzlich vereitelt werden, wenn dabei erst jedes-

Digitized by Google

mal die Vorfrage von der Competenz des Richters nach der stärkeren oder geringeren Liquidität der Forderung geprüft und entschieden werden müßte. Daher, und bei der Allgemeinheit der in der fraglichen Stelle des Art. 27 gebrauchten Worte, würden denn diese letzteren selbst dann noch in dem angegebenen Sinne zu verstehen sein, wenn auch die Behauptung der Beklagten ihre Richtigkeit hätte, daß wenigstens nach der älteren Hamburgischen Praxis nur liquide Mietheforderungen bei der Prätur eingeklagt werden konnten. Allein diese Behauptung ist auf keine Weise gerechtfertigt. Wenn die Competenz der Prätur

B. nunmehr jedenfalls auch noch durch eine Prävention des Niedergerichts aufgehoben sein soll, so steht es freilich, nach dem in jetziger Instanz beigebrachten Niedergerichts-Erkenntnisse vom 14. Februar vorigen Jahres außer Zweifel, daß auch das Niedergericht über den unter den Parteien abgeschlossenen Mieth-Contract ein besonderes Verfahren zugelassen und sich das Recht der Entscheidung darüber beigelegt hat, und da jenes Erkenntniß sogar schon in Rechtskraft getreten ist, so kann es jetzt nicht einmal mehr auf die Frage ankommen, bei welchem von beiden Gerichten etwa schon vorher, durch Ausbringung der ersten Citation, eine Prävention eingetreten sein mögte. Allein diese res judicata des Niedergerichts steht deßungeachtet der gleichzeitigen Verhandlung des gegenwärtigen Prozesses vor der Prätur durchaus nicht im Wege, weil in beiden Prozessen ganz verschiedene Fragen zu entscheiden sind, wie dieses auch schon in den Niedergerichtlichen Entscheidungsgründen angedeutet wird. Denn das höchst summarische Präturverfahren erstreckt sich lediglich auf die Zahlung von fälligen Miethgeldern, und dabei kann der Beklagte nach einer entschiedenen Praxis nur mit ganz liquiden Einreden gehört werden.

Anderson Hamb. Priv. R. Th. IV. S. 356 u. f.

Klefecker Hamb. Ges. Th. III. S. 447 u. f.

wofür auch der Art. 8 der Hamburgischen Appellabilitäts-Verordnung eine Bestätigung enthält. Wenn also der Be-

Digitized by Google

klagte sich mit anderweitigen, namentlich die Gültigkeit des ganzen Miethverhältnisses betreffenden Einreden bei der Prätur zu schützen versuchte, so würde er mit diesen ad separatum zu verweisen sein, und jedenfalls der einstweiligen Deposition der fälligen Miethgelder sich nicht entziehen können. Dadurch aber würde der Beklagte noch nicht gehindert sein, sich mit seinen Separatansprüchen auch an das ordentliche Forum des Klägers zu wenden, da die Competenz der Prätur, wenigstens so fern sie gesetzlich zu einer ausschließlichen gemacht werden sollte, sich nur auf Miethgelder und Punkte, deren einstweilige Regulirung keinen Verzug leidet, erstreckt, keineswegs aber auf Streitsachen, wobei es auf eine umständliche Erörterung über die Gültigkeit des zum Grunde liegenden Mieth-Contractes ankommt.

Gries Comment. z. Hamb. Stadtr. Th. I. S. 333, 335.

Westphalen Hamb. Verf. u. Verw. Th. I. S. 297—302.

Konnte nun demnach die jetzt eingetretene Trennung einer summarischen Klage auf Zahlung der bereits fälligen Miethgelder, von einem ordentlichen Verfahren über die Rechtsbeständigkeit des Miethverhältnisses im Ganzen, auch dann eintreten, wenn mit dem Verfahren vor dem Prätor der Anfang gemacht worden wäre, so kann auch die gleichzeitige Einführung beider Klagen einem solchen concurrirenden Verfahren vor zwei verschiedenen Gerichten nicht im Wege stehen; und somit ist denn auch die Einrede der Prävention gegen die Competenz des Prätors durchaus unbegründet, um so mehr, als es eine bekannte Regel ist, daß man seinem Gegner die Vortheile des Executiv-Prozesses nicht durch Klagen auf Annullation der, jenem zu Grunde liegenden Contracte und Urkunden entziehen darf.

Weber Beitr. zur Lehre von Klagen u. Einreden. St. 1. Abth. 2.

Es bleibt noch die Beschwerde des Beklagten, daß seiner Appellation hieher der Suspensiveffect verweigert

Digitized by Google

worden sei, zu erwägen übrig. Da sich indeß aus den Acten gar keine Gründe ergeben, weshalb in dem hier vorliegenden Falle eine Ausnahme von dem § 8 der Hamburgischen Appellabilitäts-Verordnung, welcher den Appellationen in Miethesachen ganz allgemein den Suspensiveffect versagt, eintreten sollte, so bedarf es gegenwärtig auch keiner Erörterung der Frage, ob überhaupt, namentlich nach dem Zwecke des Gesetzes, irgend eine Ausnahme von demselben gestattet werden könne; welches sonst schwerlich anzunehmen sein dürfte.

13.

Zehnten-Amt nom. des Nachlasses defunctae Jungfer **Anna Agatha Spangenberg**, Kläger, gegen **Jürgen Julius Christoph Hummels**, Beklagten.

Zehnten-Amt. Liquidations-Befugniß desselben. Das Zehnten-Amt ist befugt, die Liquidation eines Nachlasses, welcher ganz oder theilweise auf Auswärtige gefallen ist, selbst nach rechtskräftig erfolgter heredum declaratoria fortzuführen, resp. daran Theil zu nehmen, jedoch unter der Verpflichtung, den auswärtigen Interessenten auf deren Verlangen Concurrenz durch Bevollmächtigte zu gestatten.

Testaments-Vollstrecker. Das ältere deutsche Recht, welchem die Hamburgische Praxis hier zu folgen pflegt, bestimmt die Liquidations-Befugniß eines Testaments-Vollstreckers sehr weit, so daß den Erben im Wesentlichen nur ein Anspruch auf den Reinertrag der Erbschaft zusteht.

Niedergerichtliches Erkenntniß
vom 31. Januar 1840.

Erkannt:

da das Zehnten-Amt zur Regulirung eines Nachlasses alle erforderlichen Schritte thun kann, so lange die Erben unbekannt oder noch ungewiß sind, diese interimistische Befugniß aber aufhört, sobald eine rechtskräftige Erben-Decla-

Digitized by Google

ration vorliegt, indem es dann diesen allein obliegt, ihre eigenen Rechte wahrzunehmen, und es der Behörde dazu an allem Interesse fehlt; ein solches Auftreten des Zehnten-Amts für die Erben auch allerdings in manchen Fällen, wenn auch nur wegen des Kosten-Ersatzes von nachtheiligen Folgen für die Beklagten sein könnte,

daß das Zehnten-Amt die Erben der verstorbenen Anna Agatha Spangenberg zur Übernahme dieses Rechtsstreites citiren zu lassen habe.

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 16. October 1840.
(Auf klägerische Appellation.)

Erkannt:

da die Revidirte Zehnpfennigs-Ordnung vom Jahre 1771, Articulo 2, nicht nur für den Fall, daß die Erben unbekannt oder noch ungewiß sind, sondern auch dann, wenn, wie in substrato, die Erbschaft bloß auf Fremde fällt, die Constituirung und gänzliche Berichtigung der Erbschaftsmasse ohne Ausnahme durch das Zehnten-Amt vorschreibt; in diesem Falle aber es auf den Umstand, ob bereits eine heredum declaratoria erfolgt ist, oder nicht, der Natur der Sache nach überall nicht ankommen, auch die gesetzlich verfügte Zuziehung des Bevollmächtigten der Erben nur als ein Recht der Letzteren, nicht aber dritter Personen, betrachtet werden kann, in Beziehung auf welche das, für die gehörige Wahrnehmung der Rechte des Nachlasses, zunächst auch im Interesse des Staates, wie der Privat-Erbschaftsgläubiger, verantwortliche Zehnten-Amt, bei der gerichtlichen Verfolgung sowohl liquider als illiquider Forderungen des Nachlasses, für hinlänglich ad processum legitimirt zu achten ist, ohne daß jedoch dadurch die eventuelle Adcitation der Erben, insoweit solche durch die Natur der vorgeschützten Einreden, oder die Beschaffenheit der vorzunehmenden Proceßhandlungen, bedingt sein mögte, ausgeschlossen sein würde:

Digitized by Google

daß, beiden Theilen wegen einer etwanigen, im Fortgange des Prozesses erforderlich werdenden Adcitation der Erben der verstorbenen Jungfer Anna Agatha Spangenberg, für jetzt quaevis competentia vorbehältlich, das Niedergerichtliche Erkenntniß a quo vom 31. Januar anni currentis, unter Compensation der Kosten dieser Instanz, wieder aufzuheben, und die beklagtische Einrede der fehlenden Legitimation zu verwerfen sei.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß
vom 11. Februar 1841.
(Auf beklagtische Appellation.)

Erkannt:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, Materialien anlangend aber, das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hanseſtadt Hamburg vom 16. October vorigen Jahres, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten dieser Instanz, lediglich zu bestätigen sei.

Entscheidungsgründe.

Soviel die Legitimation des Zehnten-Amts zur Führung dieses Prozesses anbelangt, so muß dabei Alles auf die ursprüngliche Meinung des Art. 2, No. 3 der Revidirten Zehnpfennings-Ordnung vom Jahre 1771 ankommen, indem diese Vorschrift bisher weder durch ein neueres Gesetz, noch auch sonst auf andere Weise ihre Gültigkeit verloren hat. Denn dadurch, daß die Erhebung des Erbschaftszehnten, welche früher hauptsächlich dem Zehnpfennings-Amte oblag, jetzt nur noch sehr selten in Sterbefällen zur Anwendung kommt, hat sich doch die Stellung dieser Behörde nicht so wesentlich verändert, daß die gesetzlichen Vorschriften über ihre Geschäfte und Befugnisse ohne Weiteres ganz unanwendbar geworden waren, zumal da das Zehnten-Amt auch jetzt für die Einziehung einer andern Steuer, nämlich der Colla-

Digitized by Google

teral-Erbschaftssteuer zu sorgen hat, wie denn auch die Rücksicht auf das Interesse der einheimischen Erbschafts-Gläubiger, welche auf den Inhalt der Ordnung ebenfalls mitgewirkt hat, unverändert dieselbe geblieben ist. Von einem derogirenden Gewohnheitsrechte aber kann hier um so weniger die Rede sein, als es dafür sogar an einer hinreichenden Behauptung des Beklagten fehlt; denn der von ihm angeführte Umstand, daß das Zehnten-Amt sehr oft auch den auswärtigen Erben die Führung ihrer Erbschafts-Prozesse überlasse, könnte doch immer nicht zu dem Beweise genügen, daß dasselbe dadurch auch dritten Personen gegenüber ganz allgemein die Berechtigung verloren habe, Namens solcher auswärtigen Erben einen Erbschafts-Proceß zu führen.

Die Vorschrift der Revidirten Zehnpfennings-Ordnung lautet nun aber dahin, daß wenn eine Erbschaft bloß fremden Erben zufällt, nicht allein die Versiegelung und Inventur, sondern auch die Constituirung der Erbschaftsmasse von dem Zehnpfennings-Amte geschehen soll, und zwar ohne Ausnahme, und ohne daß eine abweisende Verordnung des Erblassers, oder eine auf einen Hamburger Bürger ausgestellte Vollmacht dagegen schützen könnte, jedoch mit Zuziehung des etwanigen einheimischen Bevollmächtigten.

Bei diesen Bestimmungen würde nun freilich wohl zu zweifeln sein, ob die gleich darauf folgende Vorschrift des Gesetzes, daß nämlich dem Zehnpfennigs-Amte „gleichermaßen die ganze Berichtigung der Erbschaft nothwendig zukomme, wann der Erbe oder die Erben unbekannt seien" schon für sich allein zur Auslegung der zuvor gebrauchten Worte: „Versiegelung, Inventur und Constituirung der Erbschaftsmasse" gebraucht werden können, indem es an sich wohl denkbar wäre, daß man in beiden Fällen zwar die Concurrenz des Zehnten-Amts für gleich nothwendig erklärt, den Umfang dieser Concurrenz aber verschieden bestimmt hätte. Allein diese Zweifel werden dadurch unerheblich, daß jene letztgedachten Ausdrücke schon ohnehin von einer vollständigen Regulirung und Liquidirung der Erbschaftsmasse verstanden,

Digitized by Google

mithin auch auf die Führung von Prozessen im Interesse der Erbschaft mit bezogen werden müssen. Dafür sprechen nämlich folgende Gründe:

Erstens würde es weder zu der Zeit, in welcher das fragliche Gesetz erlassen wurde, noch zu den Zwecken desselben passen, wenn man dem Zehnpfennings-Amte das Recht der Prozeßführung bei den seiner Verwaltung unterworfenen Erbschaften absprechen wollte. Denn es sollte ursprünglich der Fiscus wegen des ihm gebührenden Zehnten vollständig gesichert werden; zu diesem Zwecke konnte ein bloßer amtlich aufgemachter Status über die ohnehin schon liquiden unbestrittenen Bestandtheile der Erbschaft nicht genügen, vielmehr mußten gerade die streitigen Verhältnisse, und diejenigen, bei welchen Collusionen zwischen den auswärtigen Erben und den Erbschaftsschuldnern möglich schienen, vorzugsweise von Amtswegen regulirt werden. Ebenso lag es ganz in dem Geiste jener Zeit, auch auf die Sicherheit der einheimischen Erbschaftsgläubiger möglichst Bedacht zu nehmen. Diesen Gläubigern mußte aber immer sehr viel daran gelegen sein, einen einheimischen Vertreter der Erbschaft in der Person des Zehnten-Amts belangen zu können, statt den fremden Erben vor ihr auswärtiges Forum nachzugehen, oder allenfalls durch eine Arrestanlage die Begründung eines einheimischen Forums herbeizuführen.

Zweitens kündigt sich das Gesetz ausdrücklich als eine ganz allgemeine und unbedingt gültige Vorschrift an, bei welcher gar keine Ausnahme gelten solle. Es wäre mithin mindestens eine Ungenauigkeit des Ausdruckes, wenn deßungeachtet die Concurrenz des Zehnten-Amts durch den oft sehr zufälligen Umstand bedingt sein sollte, ob die zur Erbschaft gehörigen oder an dieselbe erhobenen Ansprüche liquide wären und unbestritten blieben oder nicht.

Drittens würde auch der Ausdruck: „Constituirung der Erbschaftsmasse," welcher doch im Gesetze der bloßen Versiegelung und Inventur recht ausdrücklich entgegengesetzt wird, kaum noch etwas Wesentliches und Wichtiges um-

Digitized by Google

fassen, falls davon die Führung der Erbschafts-Prozesse ausgenommen bleiben sollte. Denn die bloße Aufstellung eines Status über den Belauf der Erbschaft konnte auch schon unter der Inventur desselben verstanden werden, wenigstens würden dem Zehnten-Amt, den auswärtigen Erben gegenüber, nur noch die Functionen einer bloßen Rechnungsbehörde angewiesen sein, wenn unter der Constituirung der Erbschaftsmasse nicht auch deren Liquidation verstanden worden wäre.

Viertens endlich müßten sich jedenfalls alle etwa noch übrigen Zweifel durch eine längst feststehende Usualinterpretation beseitigen, indem es als entschieden angesehen werden darf, daß bisher auch bei den bereits von auswärtigen Erben angetretenen Erbschaften die Legitimation des Zehnten-Amts zur Führung von Prozessen, wenn es dieselben selbst zu führen und nicht blos den Erben zu überlassen nöthig findet, schon als eine aus dem Gesetze hervorgehende betrachtet zu werden pflegt, so lange nur von Seiten der Erben kein ausdrücklicher Widerspruch gegen den Prozeß erhoben wird.

Wenn dagegen von dem Beklagten behauptet wird, daß diese Befugniß des Zehnten-Amts doch immer nur als eine provisorische anzusehen sei, für solche Fälle nämlich, in denen die Erben noch nicht angetreten haben, oder sonst ungewiß seien, so würde diese Beschränkung weder mit der allgemeinen und unbedingten Fassung des Gesetzes, noch auch mit dem Zwecke desselben vereinbar sein. Denn die Einmischung des Zehnten-Amts ist keineswegs im Interesse der auswärtigen Erben, sondern im Interesse des Fiscus und der Erbschaftsgläubiger vorgeschrieben worden, mithin kann diese auch nicht ohne Weiteres auf diejenigen Fälle beschränkt werden, in welchen die Erben sie wünschen mögten, sondern sie muß überall eintreten, wo das Zehnten-Amt es nicht seinerseits unbedenklich findet, die weitere Erledigung der Erbschaftsangelegenheiten den Erben selber zu überlassen. Das Interesse der Erbschaftsschuldner kann hiebei am wenigstens entscheidend werden, da es diesen un-

Digitized by Google

verwehrt bleibt, dem klagenden Zehnten-Amte auch ihre Einreden gegen die Erben, sobald diese die Erbschaft angetreten, zu opponiren, und da die sonstigen möglichen Nachtheile, welche sie vielleicht z. B. in Ansehung der Prozeßkosten von der Einmischung des Zehnten-Amtes erleiden könnten, an sich weniger erheblich sind, und in einer großen Zahl von Fällen eintreten können, ohne daß doch bei Abfassung der Zehnpfennings-Ordnung irgend weitere Rücksicht darauf genommen wäre.

Eben so wenig kann auch die vom Beklagten versuchte Vergleichung des Zehnten-Amts mit einem Testaments-Executor zur Beschränkung der Befugnisse des ersteren gereichen. Denn zu geschweigen, daß es gar nicht auffallen könnte, wenn einer schon gesetzlich und allgemein zur Liquidirung von Erbschaften eingesetzten Behörde noch weitere Befugnisse eingeräumt wären, als einem nur durch eine Privatverfügung beauftragten Testamentsvollstrecker, so sind jedenfalls auch die Rechte eines solchen Executors nach dem älteren Deutschen Rechte, wonach auch jetzt noch in der Hamburgischen Praxis hiebei häufig verfahren zu werden pflegt, sehr weitgreifend, so daß den nominellen Erben eigentlich nur ein Anspruch auf Auszahlung des Reinertrags der Erbschaft übrig bleibt. Daß aber der Testaments-Executor genöthigt werden kann, die von ihm vertretenen Erben dem Gegner namhaft zu machen, macht hiebei nicht einmal irgend einen Unterschied, da auch das Zehnten-Amt hiezu angehalten werden kann, falls die Erben dem Beklagten nicht ohnehin schon bekannt sind. In dem vorliegenden Falle wird aber dies Letztere von dem Beklagten sogar ausdrücklich eingeräumt, wie sich denn solches auch schon von selbst verstand, da ja ihr Erbrecht auf einem Testamente beruhet, welches die Erblasserin nur unter Mitwirkung des Beklagten, als ihres Curators, errichten konnte. Hieraus folgt denn auch ganz von selbst die Frivolität des wiederholt aufgestellten Begehrens, daß das Zehnten-Amt jenes Testament und die s. g. heredum declaratoria zu den Acten bringen solle, zu-

Digitized by Google

mal da der Beklagte, wenn ihm der nähere Inhalt dieser Urkunden wirklich wieder entfallen resp. unbekannt geblieben sein sollte, dieselben bei den Nachlaßacten jederzeit einsehen, und sich daraus auch beglaubte Abschriften derselben würde verschaffen können.

14.

Hermann Christoph Harder in Vollmacht des **Vorschuß-Vereines**, Kläger, gegen **Lorenz Levy Cohen**, Beklagten.

Spolienklage. Besitzerlangung an einer auf einem verschlossenen Speicherboden befindlichen Waare. Besitzentsetzung. Rechtsfall. C. war Eigenthümer und Besitzer einer Partei Felle, welche auf einem gemietheten Speicherboden lagerten. G. erbat sich unter dem Vorgeben, die Felle besehen zu wollen, die Schlüssel zum Boden, und benutzte die ihm hiedurch gegebene Möglichkeit, in denselben hineinzugelangen dazu, um die Felle gegen H. als sein Eigenthum zu bezeichnen und sich von demselben Vorschuß darauf geben zu lassen. — H. legte ein Vorhängeschloß vor den Boden. — C., welcher letzteres vorfand, schlug dasselbe ab, und versah die Thüre mit einem neuen Schlosse, verhinderte auch ferner den H. an Besitzhandlungen über die Waare. — H. stellte eine Spolienklage gegen den C. an.

— — Zur Begründung der Spolienklage gehören Behauptung und Beweis des vorhanden gewesenen Besitzes des Klägers und der Besitzentsetzung.

— — Die Besitzübertragung verschlossener Gegenstände durch Übergabe der Schlüssel wird nur wirksam, wenn die letztere an dem Orte des verschlossenen Raumes geschieht. Außerdem müssen die rechten Schlüssel übergeben werden.

— — Auf die Berechtigung des Besitzübertragenden kommt es für die Besitzfrage nicht an; bei beweglichen Gegenständen auch nicht auf die Wissenschaft oder das Sich-Beruhigen des bisherigen Besitzers in Betreff der neuen Besitzergreifung.

Digitized by Google

— — Die Besitzentsetzung des H. wurde im entschiedenen Falle durch die Beseitigung des Vorhängeschlosses und die Anbringung eines neuen Schlosses von Seiten des C. bewirkt, und berechtigte ihn (salvis exceptionibus) zur Spolienklage.

— — Der Miether eines Gebäudes vertritt in Betreff der Rechtsmittel, welche zum Schutze des Besitzes bestehen, den Vermiether und Eigenthümer, und ist zu denjenigen Handlungen befugt, welche zu dem angegebenen Zwecke geeignet und verstattet sind.

— — Hiezu gehört bei Immobilien Selbsthülfe, sobald dieselbe alsbald nach erlangter Wissenschaft von der fremden Besitzergreifung angewendet wird. — Diese Selbsthülfe wurde im entschiedenen Falle durch Abschlagung des Vorhängeschlosses und Anbringung eines neuen Schlosses wirksam ausgeführt.

— — Selbst bei beweglichen Sachen ist Selbsthülfe behufs Wiedererlangung des Besitzes statthaft, doch muß sie in continenti angewendet werden.

— Verantwortlichkeit des Mandanten für Handlungen des Mandatars. Man entäußert sich des juristischen Besitzes einer beweglichen Sache nicht, wenn man sie einem Bevollmächtigten zu einem bestimmten Zwecke zustellt. Auch hier wird man für die Handlungen des Bevollmächtigten nur so weit verantwortlich, als sie dem ihm ertheilten Auftrage entsprechen.

— Versio in rem. Nach H.'s Behauptung hatte G. den von ihm betrüglicher Weise erlangten Vorschußbetrag an C. gezahlt. Dieser in possessorio schlechthin irrelevante Umstand wäre auch in petitorio ohne Bedeutung gewesen, falls mittelst der Zahlung eine Schuld des G. an C. abgetragen worden sein sollte.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß vom 27. Februar 1841.

Erkannt:

daß der Kläger zu beweisen habe:

daß sein Buchhalter Lienau am 15. Julius 1836 in dem Speicher hinter No. 4 in der Poolstraße die fraglichen daselbst lagernden Felle für ihn, den Kläger, als Faustpfand wegen eines darauf geleisteten Vorschusses in Besitz und den Speicherschlüssel zu sich genommen habe;

der Beklagte aber zu beweisen schuldig sei:

Digitized by Google

entweder, daß er zu der Zeit, als dieser Vorgang Statt gefunden, den gedachten Speicher in Miethe und seine Waaren in demselben lagern gehabt,

oder doch,

daß er sich bis zum 15. Julius 1836 im Besitze der streitigen Felle befunden habe.

Entscheidungsgründe.

Es fragt sich

I. so viel den Klagegrund anbetrifft,

1. was der Kläger zu erweisen hatte, und

2. ob oder in wie weit solches bereits als erwiesen anzunehmen sei?

Zu 1. ergiebt sich aus der Natur der vom Kläger angestellten Spolienklage, daß derselbe

a. die Erlangung des Besitzes der streitigen Felle, und

b. die Besitzentsetzung durch den Beklagten seiner Klage zum Grunde legen mußte.

Hier kann nun

zu a. der Kläger nach Demjenigen, was seine eigenen Geständnisse in den Untersuchungsacten ergeben, sich nicht auf die Vorgänge vom 11. und 12. Julius 1836 stützen. Denn am 11. Julius sind die Felle dem Vorschuß-Verein noch nicht tradirt, sondern von dem Buchhalter desselben, Lienau, nur vorläufig besichtigt worden, wodurch der Kläger, da die Felle ferner unter einem fremden Schlosse verblieben, keinen Besitz derselben erlangte.

Am 12. Julius ist aber nur der Verpfändungs-Contract der Felle zwischen Gutmann und dem Kläger auf dem Comtoir des Letzteren abgeschlossen worden, und dabei von Gutmann ein Schlüssel, als zu dem Speicher, worin die Felle lagerten, gehörig, abgeliefert worden; wodurch der Kläger eben so wenig als durch den Vorgang am 11. Julius zum Besitz der Felle gelangte, theils weil der Schlüssel nicht im Angesichte des Speichers überliefert wurde,

L. 74. D. de contrah. emt. (18. 1.)

Digitized by Google

theils weil Gutmann einen unrechten Schlüssel ablieferte und der rechte Schlüssel erst am 15. Julius in die Hände des Buchhalters Lienau gelangte, folglich der Kläger auch vor dem 15. Julius noch nicht factisch über die Felle qu. verfügen konnte.

Dahingegen hat der Kläger durch den Vorgang vom 15. Julius, wenn sich derselbe so verhält, wie er behauptet, allerdings den Besitz der fraglichen Felle erlangt. Denn dazu genügt es, daß, wie er behauptet, in Folge des am 12. Julius mit Gutmann geschlossenen Vertrages, der Buchhalter Lienau am 15. Julius, Morgens zwischen 8 und 9 Uhr, nach dem Speicher gegangen ist, um die Felle zu revidiren, wo er den Speicher offen und Gutmann in demselben gefunden, sodann aber die Felle nachgezählt, und da sich nun ergeben, daß der rechte Speicherschlüssel im Schlosse gesteckt, diesen beim Weggehen, nach Verschließung des Speichers, zu sich genommen haben soll.

Hiedurch wäre ohne Zweifel der Kläger in den Besitz der fraglichen Felle gekommen. Ob Lienau damals außerdem noch, wie der Kläger ferner angiebt, ein Vorhängeschloß vor den Speicher hat legen lassen, ist demnach ganz gleichgültig. Auch kommt darauf nichts an, ob Gutmann, welcher bei jenem Vorgange die Felle dem Lienau tradirte, hiezu befugt war, oder nicht. Denn bei beweglichen Sachen wird der Besitz durch die bloße Besitzergreifung eines Dritten von diesem erworben und für den bisherigen Besitzer verloren, ohne daß es auf die Wissenschaft oder Beruhigung des Letzteren dabei ankommt;

L. 15. D. de acquir. vel omitt. poss. (41. 2.)

und dies tritt auch in dem Falle ein, wenn der bisherige Besitzer bewegliche Sachen Jemand anvertraut, und dieser sie einem Dritten tradirt hat,

v. Savigny, vom Besitz. 5. Aufl. § 33. S. 393.

Zu b. Die Besitzentsetzung anlangend genügt es zur Begründung, wenn der Beklagte das Speicherschloß, wozu der Beklagte den Schlüssel hatte, abbrechen und ein verän-

Digitized by Google

dertes Schloß vorlegen ließ, denn dadurch ging nach den vorhin gedachten Grundsätzen über den Verlust des Besitzes bei beweglichen Sachen, der Besitz der Felle für den Kläger, dem dieselben nun unzugänglich waren, verloren. Mehr bedarf es aber nicht, und namentlich keiner eigentlichen Gewalt im Sinne des Interdictum unde vi, um zur Spolienklage schreiten zu könen.

C. 6. 13. 14. X. de restit. spoliatt. 2, 13.

Fragt man nun

zu 2. ob oder wie weit Dasjenige, was zur Begründung der vom Kläger angestellten Spolienklage zu erweisen ist, bereits vom Beklagten eingeräumt worden sei, so findet sich in Betreff der unter a. aufgestellten erheblichen Thatsachen nirgends ein reines Geständniß des Letzteren, weder in den Untersuchungsacten gegen Gutmann, noch in den jetzigen Prozeßverhandlungen. Namentlich hat der Beklagte in letzteren jene Thatsachen theils geleugnet, theils sich ignorando darüber erklärt.

Und in ersteren ist vom Beklagten nur zugegeben, daß der Speicherschlüssel in die Hände des Gutmann gekommen und von demselben nicht an den Beklagten zurückgegeben, auch am 16. Julius sich ein fremdes Vorhängeschloß vor dem Speicher befunden und Jemand im Namen des Klägers der Abnahme der Schlösser widersprochen habe. Diese Thatsachen sind nun nicht diejenigen, worauf es nach dem Obigen ankommt, um den am 15. Julius vom Kläger erlangten Besitz der streitigen Felle zu begründen. Demnach mußte, in Folge der prozessualischen Grundsätze, dem Kläger annoch der im Urtheile normirte Beweis auferlegt werden, wodurch demselben jedoch die Befugniß nicht abgeschnitten wird, in Ermangelung weiterer directer Beweismittel, gestützt auf die aus den Untersuchungsacten sich ergebenden erheblichen Präsumtionen auf seine Zulassung zum Erfüllungseide anzutragen.

Dahingegen bedurfte die nachher geschehene Besitzentsetzung des Klägers keines weiteren Beweises, denn die

Digitized by Google

Thatsachen, woraus diese hervorgeht, sind vom Beklagten unumwunden eingestanden.

II. In diesen zuletzt gedachten Thatsachen liegt nun allerdings eine Selbsthülfe und, insofern dieselbe zu ihrer Rechtfertigung factische Verhältnisse voraussetzt, welche vom Kläger nicht eingeräumt worden sind, mußte dem Beklagten deren Beweis auferlegt werden. Solche vom Kläger nicht zugestandene Verhältnisse sind nun vom Beklagten behauptet worden, nämlich

1. daß er den Speicher, worin die streitigen Felle lagerten, zu der Zeit, als Gutmann den Schlüssel dazu gemißbraucht haben soll, in Miethe und seine Waaren darin lagern gehabt habe, und

2. daß er zur Zeit der Besitzergreifung dieser Felle durch den Kläger in deren Besitz gewesen sei?

Es fragt sich daher, ob der Beklagte in diesen Fällen, und zwar in beiden, zu der von ihm geübten Selbsthülfe berechtigt war, indem letzteres zugleich die Folge haben muß, daß der ihm obliegende Beweis nur alternativ gefordert werden darf.

Nun sind aber diese beiden Fälle ihrer rechtlichen Natur nach verschieden zu beurtheilen.

Zu 1. War der Beklagte derjenige, welcher den Speicher in Miethe hatte, so vertrat er den Vermiether, dem der juristische Besitz des Speichers zustand, folglich konnte er die zum Schutze solchen Besitzes erforderlichen Handlungen vornehmen.

Vgl. L. 1. C. Si per vim vel alio modo. 8. 5.

Es bedurfte aber hier keiner Wiedergreifung des Besitzes des Speichers, wenn auch der rechte Schlüssel zu demselben am 15. Julius von Gutmann, nachdem Beklagter ihm solchen zugestellt hatte, dem Kläger zum Behuf der Verpfändung und Tradition der darin lagernden Felle zugestellt worden war. Denn der Besitz an Grundstücken geht durch die bloße Occupation eines Dritten ohne Wissen

Digitized by Google

schaft des bisherigen Besitzers nicht verloren, sondern erst dadurch, daß dieser sich dabei beruhigt, oder der Occupant sich gegen ihn im Besitze behauptet,

L. 3. § 7. 8. L. 6. § 1. L. 7. L. 25. § 2. D. de acquir. vel omitt. poss. 41. 1.

welche letzteren beiden Fälle hier nach der Sachlage offenbar nicht eingetreten sind.

Was von der Occupation gesagt ist, gilt auch alsdann, wenn der Repräsentant des Besitzers treuloser Weise das Grundstück einem Dritten tradirt,

L. 12. C. de acquir. et retin. poss. 7. 32.
v. Savigny, vom Besitz, § 33 in fine und die S. 402 not. f. citirten Schriftsteller.

und muß daher in vorliegendem Falle um so mehr gelten, wo die Untreue nicht dem Repräsentanten, sondern nur einem seiner Leute zur Last fällt.

Der Beklagte blieb also ungeachtet des gedachten Vorganges zwischen dem Kläger und Gutmann fortwährend Namens seines Vermiethers im Besitze des Speichers, wenn er bis dahin in diesem Besitze war, und übte dadurch einen Schutz im Besitze, daß er das Schloß ändern ließ und so den Kläger verhinderte, mit dem von Gutmann erhaltenen Schlüssel den Speicher zu öffnen. Daß aber der Beklagte unstreitig befugt war, sich durch Selbsthülfe im Besitze zu schützen, kann gewiß nicht bezweifelt werden. — Mit jener Veränderung des Schlosses ging nun von selbst für den Kläger der Besitz der Felle verloren, weil dieselben jetzt nicht mehr für ihn, sondern nur für den Beklagten zugänglich waren.

Alles kommt also bei diesem ersten Argumente darauf an, ob der Beklagte, wie er behauptet, den Speicher in Miethe und seine Felle darin lagern hatte, oder ob, wie der Kläger annimmt, die Handlung Gebrüder Cohen, wozu wie obgedacht, der Beklagte nicht gehört, den Speicher gemiethet hatte? Zwar vermeint der Kläger, daß letzteres bereits als aus den Untersuchungsacten sich ergebend, mithin als er-

Digitized by Google

wiesen vorliege; allein dies bedarf nach Demjenigen, was vorhin über die Beweiskraft der Untersuchungsacten gesagt ist, keiner besonderen Widerlegung, da der Beklagte, und zwar nicht ohne Unterstützung andrer Deponenten, namentlich des Vermiethers, das Gegentheil behauptet hat.

Zu 2. Wenn aber auch der Beklagte den Speicher zu der Zeit, da Lienau den rechten Schlüssel zu demselben an sich nahm, am 15. Julius, nicht in Miethe gehabt, sondern damals nur im Besitze der streitigen Felle gewesen sein sollte, indem er diese nur mit Erlaubniß des Eigenthümers oder des eigentlichen Miethers darin lagern gehabt hätte: so würde er doch allerdings befugt gewesen sein, wie er gethan hat, durch die Veränderung des Schlosses vor dem Speicher den verlorenen Besitz sofort wieder zu ergreifen. Denn wie schon in den Entscheidungsgründen des Ober-Appellationsgerichts zum Urtheile vom 21. Julius 1837 bemerkt worden ist, so kann die Selbsthülfe, wenn sie nur in continenti geübt wird, bei beweglichen Sachen eben sowohl als bei unbeweglichen zur Wiedererlangung des Besitzes angewendet werden. Nun ergiebt sich aber aus der eigenen Darstellung des Klägers, daß, wenn nicht früher, doch wenigstens schon am Sonnabend den 16. Juli Vormittags, von Seiten des Beklagten ein verändertes Schloß an den Speicher, worin die Tags zuvor von Seiten des Vorschuß-Vereins in Besitz genommenen Felle lagen, angebracht worden ist, was man unter den hier vorhandenen Umständen, insbesondere wegen der Abwesenheit des Beklagten bei der Besitzentsetzung für eine in continenti geschehene Wiederergreifung des Besitzes anerkennen muß.

Es kommt demnach bei diesem Punkte nur noch auf den Beweis an, daß der Beklagte am 15. Julius, als die streitigen Felle von dem Buchhalter Lienau für den Vorschuß-Verein occupirt wurden, im Besitze derselben war, was der Kläger keineswegs zugegeben hat; indem er vielmehr annimmt, daß sich aus den Untersuchungsacten schon ergebe, daß die Felle der Handlung Gebrüder Cohen gehört hätten,

Digitized by Google

worüber jedoch, anderer Gründe nicht zu gedenken, wiederum nur auf Dasjenige, was oben über die Beweiskraft der Untersuchungsacten gesagt ist, verwiesen zu werden braucht.

Beiläufig ist hier nur noch zu bemerken, daß die Entwickelung des Klägers aus den Untersuchungsacten zum Theil auch darauf hinaus geht, daß der Beklagte wenigstens den Speicher nicht allein, sondern gemeinschaftlich mit Samuel Levy Cohen in Miethe gehabt habe. Dies würde aber offenbar gleichgültig sein, da der Beklagte in diesem Falle eben sowohl, als wenn er der alleinige Miether gewesen wäre, die Befugniß gehabt hätte, den Besitz des Vermiethers zu behaupten.

Es konnte demnach nur noch darauf ankommen, ob nicht die eine oder die andere der Repliken des Klägers zu beachten, und, soferne ihnen nicht etwa ohne Weiteres ein Einfluß auf die Entscheidung zu gestatten sein mögte, doch ein specieller Gegenbeweis, oder wenigstens, wie eventualiter von ihm angetragen worden, competentia vorzubehalten sein. Das Meiste von diesen Repliken erledigt sich aber schon durch die bisherige Ausführung.

Namentlich ist die Replik des Klägers, daß der Beklagte durch das Vertrauen, welches er dem Gutmann durch Einhändigung des Speicherschlüssels und den Auftrag wegen der Felle gegeben habe, für die von demselben vorgenommenen Besitzübertragung verantwortlich geworden sei, in so weit als es auf den Besitz des Speichers ankommt, schon oben als unrichtig dargestellt worden. Aber auch soferu bloß vom Besitze der Felle die Rede ist, gehört es zu den ausgemachten Rechtssätzen, daß man sich dadurch des juristischen Besitzes einer beweglichen Sache noch nicht entäußert, daß man sie einem Bevollmächtigten zu einem bestimmten Zwecke zustellt, und daß man hiedurch auch für die Handlungen des Bevollmächtigten nur in sofern verantwortlich wird, als sie dem ihm ertheilten Auftrage entsprechen.

Auch die Replik des Klägers, daß eine versio in rem Statt gefunden habe, indem der Beklagte das Geld, welches

Digitized by Google

Gutmann vom Vorschuß-Vereine angeliehen, von demselben in Empfang genommen, ist in Beziehung auf das Possessorium ganz gleichgültig, und würde selbst für das Petitorium wenigstens dann ohne Folgen sein, wenn Gutmann damit dem Beklagten, wie dieser angiebt, nur eine Schuld bezahlt haben sollte.

Endlich hat auch der Kläger dem Beklagten noch einen dolus vorgeworfen; allein dies würde in diesem Possessorio nach der ganzen Sachlage nur dann zu beachten sein, wenn darunter der Vorwurf zu verstehen wäre, daß Gutmann bei der Anleihe und bei der Tradition des Speichers oder der Felle zum Behuf der Verpfändung derselben mit Wissen und Willen des Beklagten gehandelt habe, das hätte aber dann positiv behauptet werden müssen, was nicht geschehen ist. Daher braucht es nicht einmal bemerkt zu werden, daß die Acten auch nicht die entfernteste Spur eines solchen dolus an die Hand geben.

15.

J. F. N. Oldach, G. Leithäuser und **Dr. G. Lührsen**, Curatores bonorum def. **Johann Gottlob Grellmann**, in Firma **J. G. Grellmann & Sohn**, Kläger, gegen **Manke & Neubauer**, Beklagte.

Zeitpunkt des Concurs-Eintrittes bei insolventen Verlassenschaften. Dieser Zeitpunkt tritt schon mit dem Tode eines notorisch insolvent Verstorbenen, eventualiter dann ein, wenn dessen Insolvenz kundbar wird.

— Nachweisung aus Bestimmungen der Neuen Falliten-Ordnung, der älteren Falliten-Ordnung und der Statuten, daß es auf den vorstehend angegebenen Zeitpunkt, und nicht erst auf denjenigen der verfügten Fallit-Commission, ankomme.

— Demnach entbehren Cessionen, welche ein Creditor eines insolventen Nachlasses einem Debitor desselben nach dem angegebenen Zeitpunkte macht, der Wirkung, Compensation herbeizuführen.

Digitized by Google

— Der Allgemein-Kundbarkeit des insolventen Zustandes eines Verstorbenen steht die besondere Kunde des betreffenden Einzelnen hinsichtlich der zahlungsunfähigen Beschaffenheit des Nachlasses an Wirksamkeit gleich. (Gesichtspunkt des guten Glaubens bei gewöhnlichen Fallitmassen. Bona fide Zahlung eines Schuldners an den Creditor, Einlösung einer nach dem Concursausbruch vorkommenden Anweisung desselben, u. dgl. m.)

Gerichtsgebrauch. Wenn Annahmen in die Praxis Eingang gefunden haben, welche gesetzwidrig sind oder auf rechtswidrige und bedenkliche Folgen hinführen, so ist der Richter nicht an dieselben gebunden; im Gegentheile, er muß sich ihnen widersetzen.

Handelsgerichtliches Erkenntniß
vom 15. August 1839.

Erkannt:

da in Betreff der Frage, ob die von den Beklagten geltend gemachten Cessionen tempestive geschehen seien, lediglich die formelle Insolvenz des Grellmannschen Nachlasses in Betracht zu ziehen ist, der Todestag des Debitors aber solche, wie unzweifelhaften hamburgischen Rechtens ist, noch nicht constituirt, u. s. w.

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 6. April 1840.
(Auf klägerische Appellation.)

Erkannt:

da der Ausbruch des Fallissements einer Person unzweifelhaft die einseitige Befriedigung eines Gläubigers zum Nachtheile der übrigen verhindert und es daher auch keinem Debitor des Gemeinschuldners zustehen kann, seine Schuld der Masse durch Annahme von Cessionen zu entfremden;

da nun aber in dieser Beziehung nach Maaßgabe Art. 24, No. 1 und 3 und Art. 61, in Verbindung mit den Art. 38 bis 45, 1 und 54 der Neuen Falliten-Ordnung, der Tod einer notorisch in Schulden vertieft verstorbenen Person, als der Anfang des Fallissements betrachtet werden muß;

Digitized by Google

da diese allgemeine Auffassung des in Art 24 und 61 der Neuen Falliten-Ordnung, allerdings nur bei Gelegenheit speciell namhaft gemachter Fälle, ausgesprochenen Princips, nicht nur durch die Nothwendigkeit, die Massen vor sonst unvermeidlichen Ausplünderungen zu schützen, sich rechtfertigt, sondern auch den älteren Fallitgesetzen, namentlich den

Articulis 2 bis 4, Tit. 43, P. I. Stat. und den Art. 2 bis 5 der Neurevidirten Bankerottir-Ordnung von 1647,

entspricht;

da es aber bis jetzt noch nicht constirt, daß es zur Zeit der von den Beklagten angenommenen Cessionen, allgemein oder doch wenigstens dem Beklagten bekannt gewesen, daß Johann Gottlob Grellmann in Schulden vertieft verstorben sei und es mithin auf den Beweis dieses factischen Verhältnisses ankommen muß:

daß das Handelsgerichtliche Erkenntniß vom 15. August 1839 wieder aufzuheben und cur. noie. Kläger, zu beweisen schuldig sei,

daß es zur Zeit der Annahme der fraglichen Cessionen von Seiten der Beklagten, resp. vom 2. und 6. April 1839, allgemein, oder doch speciell den Beklagten, bekannt gewesen sei, daß Johann Gottlob Grellmann in Schulden vertieft verstorben sei.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß vom 30. Mai 1841.

(Auf beiderseitige Appellation.)

Erkannt:

daß zwar die Förmlichkeiten der beiderseitigen Appellationen für gewahrt zu achten, die Sache selbst anlangend aber, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Hamburg vom 6. April vorigen Jahres, unter Compensation der Kosten der gegenwärtigen Instanz, lediglich zu bestätigen sei.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

Nachdem durch das Erkenntniß des Obergerichts vom 6. April 1840 das Urtheil des Handelsgerichts vom 15. August 1839 wieder aufgehoben und den Klägern der Beweis auferlegt worden ist:

„daß es zur Zeit der Annahme der fraglichen Cessionen von Seiten der Beklagten, resp. am 2. und 6. April 1839, allgemein, oder doch speciell den Beklagten, bekannt gewesen sei, daß Johann Gottlob Grellmann in Schulden vertieft verstorben sei," haben in der Hauptsache

I. die Beklagten ihre Beschwerde darein gesetzt, daß nicht das Handelsgerichtliche Erkenntniß bestätigt, sondern vom Obergerichte der Todestag des Grellmann als auf die Eröffnung oder den Ausbruch des Fallissements und auf die von ihm, dem Beklagten, ex jure cesso erworbenen Gegenforderungen unter gewissen Voraussetzungen influirend und entscheidend angenommen und darauf das Erkenntniß fundirt worden sei.

II. Die Kläger hingegen haben sich darüber beschwert, daß nicht die von den Beklagten vorgeschützte Einrede der Compensation schon jetzt gänzlich verworfen, mithin dieselben nicht sofort zur Zahlung der wider ihn eingeklagten Forderung verurtheilt, sondern ihnen noch erst der obliegende Beweis auferlegt worden sei.

Beide Beschwerden mußten aber als ungegründet verworfen werden.

So viel nämlich

zu I. die Beschwerde der Beklagten anlangt, so kommt es hier nicht darauf an, mit welchem Vorgange nach gemeinem Rechte der förmliche Concurs als eröffnet anzusehen ist, oder zu welcher Zeit insbesondere nach Hamburgischem Rechte alle und jede Wirkungen des entstandenen Fallissements zur Anwendung kommen; sondern es fragt sich nur, in welchem Momente das Vermögen eines Schuldners nach dem Partikularrechte der Stadt Hamburg dergestalt der Gesammt-

Digitized by Google

heit der Gläubiger verhaftet wird, daß der Einzelne, abgesehen von ganz besonderen Bestimmungen, nicht mehr vor Anderen daraus befriedigt werden darf. Denn daß von diesem Zeitpunkte an weder der Fallit selbst, noch auch wissentlich ein Schuldner der Falliten, den einzelnen Gläubiger desselben befriedigen darf, folglich ein solcher Schuldner, falls er sich diese Befriedigung erlaubt hat, sich gegen die Massecuratoren nicht mit der Einrede der dadurch entstandenen Compensation schützen kann, folgt von selbst und wird wohl von Niemanden bezweifelt.

Hasche, Erläuterung der Hamb. Fallit-Ordn. Th. 1. S. 155. 172.

Schweppe, System des Concurses. 3. Aufl. § 61. S. 114.

Hamb. Zeitschrift für Politik, Handel und Handelsrecht. 3. Jahrg. 1. Bd. Rechtsfälle. S. 3 f.

Entsteht nun schon nach gemeinem Rechte der Concurs, auch ohne Concurrenz des Richters, schon durch die gerichtlich oder außergerichtlich auf offenkundige Weise erfolgte Güterabtretung an die Gläubiger,

Schweppe a. a. O. § 26 a. E. S. 53.

so muß dies um so gewisser in Hamburg angenommen werden, wo, nach ausdrücklicher Vorschrift der

Neuen Fallit.-Ordn. Art. 1.

derjenige, welcher sich selbst insolvent erklärt, pro Fallito zu achten ist; zumal da in demselben Artikel auch noch mehrere andere eigene Handlungen eines verschuldeten Menschen genannt sind, welche ebenfalls schon für sich selbst die Wirkung haben sollen, daß derjenige, welcher sie vornimmt, pro Fallito zu achten sei. Denn dies ist nicht so zu verstehen, wie der Beklagte vermeint, daß nun erst der sogenannte materielle Concurs, was mit Überschuldung gleichbedeutend ist, eingetreten sei, sondern es kann nichts anders heißen, als daß der Schuldner sich von jetzt an als einen Falliten an-

Digitized by Google

zusehen habe, und daß man ihn in allen rechtlichen Verhältnissen als solchen beurtheilen solle.

Freilich ist nun in diesem ersten Artikel des Todes eines in Schulden vertieft Gestorbenen nicht gedacht, allein das hieraus entstehende Bedenken vermindert sich schon dadurch, daß auch von dem eigentlichen Austritt, oder der Schulden halber ergriffenen Flucht, in jenem Artikel nichts vorkommt, obgleich durch dieselbe in älterer Zeit fast immer das Fallissement ausbrach. Es verschwindet aber das Bedenken vollends, wenn man auf das ältere Hamburgische Recht sieht. Denn danach beginnt mit der Flucht des Schuldners und mit seinem Austritt, eben so wie mit seiner Verhaftung wegen Schulden, das Fallissement; der Schuldner wird sodann ein Fallit genannt und als solcher angesehen. In diesen älteren Gesetzen findet sich denn auch deutlich genug ausgesprochen, daß mit dem Tode des Schuldners das Fallissement beginne, denn der Tod eines in Schulden Vertieften ist der Flucht, dem Austritt und der Verhaftung wegen Schulden gleichgestellt worden.

Art. 2. 3. 4. 5. Tit. 43. P. I. Statut. Hamb. Falliten-Ordn. von 1647. Art. 2. 3. 4. 5.

Namentlich ist Art. 3 cit. Statut., womit Art 3 der älteren Falliten-Ordnung im Wesentlichen übereinstimmt, hier ganz entscheidend, indem darin ausdrücklich gesagt ist, daß Derjenige, welcher aus des flüchtigen oder (in Schulden) verstorbenen Debitors Gütern nach dessen Fallissement oder tödtlichen Abgang etwas zu sich genommen hätte, solches zu restituiren schuldig sein solle. Denn hieraus folgt nicht bloß, daß der Tod des Schuldners dem Ausbruche des Fallissements gleich steht, sondern auch wenigstens als Regel, daß ein Schuldner des Verstorbenen die Forderung eines Gläubigers desselben nicht mehr durch Cession zu dem Zwecke erwerben kann, um daraus die Einrede der Compensation gegen die übrigen Gläubiger herzunehmen.

Die Neue Hamburgische Falliten-Ordnung von 1753 hat nun zwar die Verordnung der obgedachten Artikel des

Digitized by Google

älteren Rechtes nicht besonders wiederholt, und auch nicht durch eine allgemeine Vorschrift verordnet, daß im Falle Jemand in Schulden verstorben ist, das Fallissement mit dem Tode desselben als begonnen anzusehen sei; allein dessen bedurfte es auch nicht, sondern es genügt, daß die gedachten Vorschriften nicht für unwirksam erklärt oder abgeändert worden sind. Denn ein solches Aufheben oder Ändern kann hier aus dem bloßen Stillschweigen oder Übergehen um so weniger gefolgert werden, da in den Fällen, wo die Neue Falliten-Ordnung an dem Statutarrechte wirklich etwas geändert hat, dies immer ausdrücklich zu erkennen gegeben ist,

z. B. Art. 24. § 1. Art. 58. Art. 61. § 4.

Dazu kommt nun die völlig durchgreifende Wahrnehmung, daß die Neue Falliten-Ordnung jenen Grundsatz des älteren Rechtes sogar aufs Bestimmteste selbst anerkannt hat, indem sie bei der Frage vom Anfange des Fallissements das „in Schulden vertieft Versterben" der Insolvenzerklärung, der Flucht und anderen Handlungen des Schuldners, welche nach Art. 1 die Wirkung haben, daß er pro Fallito zu achten ist, ja sogar dem Erkennen des General-Arrestes gleichstellt.

Art. 24. § 3. Art. 61. § 1.

Daß dies nur bei Gelegenheit der Bestimmungen über das Vindicationsrecht der Gläubiger und über den Zinsenlauf vorkommt, ist ganz gleichgültig, da hier nicht von einem neuen Princip und davon die Frage ist, ob dasselbe über den speciellen Fall, wobei es ausgesprochen ist, hinaus angewendet werden dürfe, sondern da hier ein früher schon bestandenes allgemeines Princip nur auf besondere Fälle angewendet wird, woraus man nothwendig die Anerkennung desselben in seiner Allgemeinheit folgern muß.

Wenn nun die Beklagten dennoch vermeinten, daß ihnen die Compensation ihrer Schuld an die Grellmann'sche Masse mit den ihnen nach dem Tode des Falliten cedirten Forderungen gestattet werden müsse, so kommen noch die beiden von ihnen aufgestellten Gründe in Betracht:

Digitized by Google

1. daß die Annahme des mit dem Todestage eines in Schulden Vertieften bereits entstandenen Fallissements mit der den Erben gestatteten Antretung der Erbschaft cum beneficio inventarii und der ihnen offenstehenden Deliberationsfrist unverträglich sein und zu den größten Verwirrungen im Verkehr führen würde;

2. daß eine entschiedene Praxis seiner Compensationsbefugniß zur Seite stehe.

Zu 1. ist es jedoch schon sehr erheblich, daß auch die

Fallit.-Ordn. von 1647. Art. 2

die Antretung der Erbschaft eines Verstorbenen cum beneficio inventarii gestattet hat, obgleich daselbst § 3 so bestimmt vorgeschrieben ist, daß kein Creditor etwas aus dem Nachlasse des in Schulden vertieft Gestorbenen zu sich nehmen soll. Daraus läßt sich mit Sicherheit schließen, daß man Beides mit einander ganz verträglich gefunden und einen Nachtheil für den Verkehr davon nicht befürchtet hat. Diese Gefahr ist aber auch bei einer richtigen Beurtheilung der Sache von keiner Bedeutung. Denn sofern Forderungen an die Verlassenschaft eines verstorbenen Schuldners im vollen Vertrauen auf die Solvenz dieses Nachlasses cedirt werden, wird das Geschäft nicht von den nachherigen Massecuratoren als ungültig anzufechten sein, wovon bei der Beschwerde der Kläger zu handeln ist. Bei einem notorisch unzureichenden Zustande der Verlassenschaft, oder wenn auch nur gegründete Zweifel darüber obwalten, wird man sich dagegen allerdings solcher Cessionen zu enthalten haben, und zwar in letzterem Falle bis dahin, daß die Zweifel auf die eine oder die andere Art gehoben sind. Allein dies wird immer auf den Verkehr nur von sehr geringem Einflusse sein. Überdies ist es eine nothwendige Folge der bestehenden gesetzlichen Vorschriften, wovon die Gerichte nicht abgehen dürfen, wenn auch hin und wieder Unzuträglichkeiten daraus entstehen sollten, welche hier überdies durch andere Rücksichten wesentlich überwogen werden. Ungeachtet des den Erben freigestellten beneficium inventarii soll die Verlassen-

Digitized by Google

schaft für den Fall der Insolvenz den Gläubigern ungeschmälert erhalten werden. Deshalb hat das Gesetz den Erben ausdrücklich vorgeschrieben, daß sie sofort, nachdem sie die Erbschaft cum beneficio angetreten haben, ein Inventarium errichten, keine debita zum Präjudiz der Gläubiger bezahlen, und wenn sie die Erbschaft repudiiren, auf Verlangen beschwören sollen, daß sie Nichts von dem Nachlasse veräußert haben.

Neue Fallit.-Ordn. Art. 39. § 2. Art. 40. 45.

Hiermit würde es nun ganz unverträglich sein, wenn man einzelnen Schuldnern der Verlassenschaft gestatten wollte, in derselben Zeit, da die Erben sich aller Bezahlung und Deckung der Massegläubiger enthalten müssen, einzelne Gläubiger des in Schulden Verstorbenen auf Kosten seiner Masse, gegen Cessionen ihrer Forderungen, zu befriedigen. Dies könnte leicht zu einem Vernichten der gegen die Concursmasse verstorbener Schuldner den Erben verliehenen Rechtswohlthat führen, wie dies die Kläger mit Recht behauptet haben.

Zwar haben die Beklagten sich nicht gescheuet, das Decken einzelner Gläubiger zum Nachtheil der übrigen hin und wieder in Schutz zu nehmen, allein der Richter kann ihre desfallsigen Äußerungen nur mißbilligen, da es dem Geiste der Neuen Fallites-Ordnung durchaus entgegen ist.

Zu 2. Wenn die Beklagten sich auf den Gerichtsgebrauch und überhaupt auf die Praxis berufen, so läßt sich daran nicht zweifeln, daß die Compensation, welche aus Cessionen abgeleitet wird, die erst nach dem Tode eines in Schulden Verstorbenen, aber vor der concursmäßigen Behandlung seines Nachlasses geschehen, bisher gewöhnlich als gültig angesehen worden ist. Denn dies ergiebt sich zum Theil schon aus den eigenen Erklärungen der Kläger und es sind auch nach der von den Beklagten in Bezug genommenen

Hamb. Zeitschrift a. a. O. S. 21. Not. XX. S. 32 f.

zwei Rechtsfälle in diesem Sinne entschieden worden. Man muß aber dies übliche Verfahren, wenn es auf die Begün-

Digitized by Google

stigung absichtlicher Deckungen abzielt, nicht bloß für eine gesetzwidrige, sondern auch wegen ihrer Folgen für eine üble und verwerfliche Gewohnheit halten. Denn dieselbe führt, wie schon bemerkt und auch vom Obergerichte gesagt ist, zur Ausplünderung der Concursmassen in Schulden Verstorbener durch willkürliche Austheilung des Nachlasses, entweder vermittelst der Einwirkung der Erben, oder nach völlig unbefugtem Belieben einzelner Masseschuldner. Einer solchen Gewohnheit darf aber der Richter nicht nachgeben, sondern er muß sich vielmehr derselben widersetzen.

L. 2. C. quae sit longa consuet. (8. 53.)
Nov. 134. c. 1. in f.
Cap. 11. X. de consuet. (1. 4.)
Cap. 1. & 2. de consuet. in 6to. (1. 4.)

Zu II. Die Kläger beschweren sich über den ihnen auferlegten Beweis hauptsächlich aus dem Grunde, weil der Rechtssatz, daß mit dem Todestage des in Schulden verliest Verstorbenen das Fallissement seinen Anfang nehme, und der Nachlaß der Gesammtheit der Gläubiger ganz von selbst verfangen werde, die Befriedigung einzelner Gläubiger nach solchem Todestage nicht mehr zulasse, folglich auch ein Masseschuldner, welcher erst dann durch Cession zu der Forderung eines Massegläubigers gelange, mit der Einrede der Compensation nicht gehört werden könne, gleichviel ob die Überschuldung des Verstorbenen zur Zeit der Cession bereits allgemein, oder doch ihm, dem Masseschuldner, bekannt gewesen sei, oder nicht. — Allein schon nach gemeinem Rechte wirkt die nach ausgebrochenem Concurse geschehene Zahlung, welche ein Schuldner, der davon nichts weiß, an den Cridar selbst leistet, Befreiung von der Schuld, und die vom Gemeinschuldner vor dem Concurse ausgestellte Anweisung, deren Einlösung der Assignat, ohne mit dem Ausbruche des Concurses bekannt zu sein, dem Inhaber versprochen hat, kann von den Massecuratoren nicht wieder zurückgenommen werden,

Schweppe a. a. O. § 61 u. 82. S. 113 u. 163.

Digitized by Google

Beides beruht aber auf dem guten Glauben des Schuldners, und nach demselben Princip wird auch ein Schuldner des Cridars, welcher gegen jura cessa an einen Gläubiger desselben gezahlt hat, ohne von dem entstandenen Concurse Kenntniß zu haben, sich mit der Einrede der Compensation schützen können, wenn auch die Cession bloß zwischen dem Cedenten und dem Cessionar verabredet ist, da zu deren Gültigkeit ein Zustimmen oder Mitwissen des debitor cessus nicht erfordert wird.

Dazu kommt ferner, daß die

Hamb. Fallit.-Ordn. von 1647

ausdrücklich fordert, daß im Fall des Austritts, der Verhaftung und des Todes eines in Schulden vertieften Debitors es genugsam ruchtbar geworden sein müsse, daß er insolvent sei, oder in Schulden vertieft gestorben (Art. 2) oder, wie es an der anderen Stelle heißt, daß er notorie ausgetreten, eingezogen oder in Schulden verstorben sei, (Art. 3). Und wenn gleich die Meinung dieser Vorschriften nicht die sein kann, daß bei Veräußerungen, welche der Gemeinschuldner nach erklärter Insolvenz vorgenommen haben möchte, deren Ungültigkeit durch die mala fides bedingt sein solle, so muß doch ein Fall, wie der hier vorliegende, welcher hauptsächlich aus dem Gesichtspunkte einer unerlaubten Deckung zu betrachten ist, in dieser Hinsicht anders beurtheilt werden. Auch kann man nicht sagen, daß jene Vorschriften durch die Neue Falliten-Ordnung in ihrem ganzen Umfange aufgehoben worden seien; denn es ist darin eine solche Aufhebung nirgends bestimmt ausgesprochen. Die Kläger folgern es auch nur aus den Art. 24 und 54; allein beide Artikel geben dazu keine gegründete Veranlassung, ja die im §. 1 und 3 des Art. 24 vorkommenden Worte: „vor dem kundgewordenen Fallissemente" — „für kundbar geachtet" — lassen eher das Gegentheil annehmen.

Endlich kann man auch der vorhin gedachten Hamburgischen Praxis, wie schon oben angedeutet worden, nur insoferne einen wirksamen Einfluß auf die richterliche Entschei-

Digitized by Google

dung versagen, als sie Deckungen, welche in fraudem der übrigen Gläubiger geschehen sind, begünstiget, weil nur die unlautere oder unvernünftige Gewohnheit von den Gerichten nicht zu beachten ist. Eine solche Deckung ist aber nicht anders denkbar, als wenn der Schuldner des Verstorbenen, welcher einen Gläubiger desselben gegen Cession seiner Forderung befriedigt, schon damals wußte, daß sein Gläubiger in Schulden vertieft gestorben sei, was man freilich annehmen muß, wenn dies zur Zeit der Cession schon allgemein bekannt war.

Die Kläger haben zwar noch das Bedenken erhoben, daß der Anfang des Concurses nicht von der persönlichen Wissenschaft eines Creditors abhangen dürfe, indem dann dieser Anfang für den Einen zu dieser und für den Andern zu einer ganz anderen Zeit auftreten würde; weshalb es nothwendig sei, daß der Anfang des Fallissements durch einen offenkundigen Thatumstand bestimmt werde, also im vorliegenden Falle durch den Todestag. Allein dies Bedenken ist ganz unerheblich, da es bei dem Beweise, welcher den Klägern auferlegt ist, allerdings dabei bleibt, daß das Fallissement mit dem Todestage seinen Anfang genommen hat, und es sich nur darum handelt, ob nicht die erst später vorgenommene Transaction zwischen einem Gläubiger und einem Schuldner des Verstorbenen dennoch als gültig anzusehen sei? Dies kann nun allerdings in dem einen Falle anders sein, als in einem davon ganz verschiedenen andern Falle, eben weil es in jedem einzelnen Falle von den besonderen Umständen abhängig ist, nämlich von dem guten oder bösen Glauben Desjenigen, welcher von der aus einer solchen Transaction entstandenen Compensation Gebrauch machen will.

Digitized by Google

16.

Johann Peter Rudolph Amelung, Kläger, gegen **Ferdinand Stern**, Beklagten.

Beneficium novorum in appellatorio. (Neue Zeugen.*) Dasselbe ist im Hamburgischen Statutar-Recht seinem vollen Umfange nach anerkannt und in allen Fällen statthaft, in welchen es nach dem § 73 des J. R. A. Anwendung leidet.

— Auslegung des § 73 des J. R. A. — Die gegen den Schluß desselben aufgeführten Sätze kommen nicht cumulative in Betracht, sondern der Beweisführer und Appellant muß speciell erklären, welcher von den dort angegebenen Fällen vorliege. Ferner müssen nähere Angaben über die Veranlassung des erst jetzt stattfindenden Vorbringens und über die Entschuldbarkeit gemacht werden.

— In dem entschiedenen Falle wurde der Beweisführer und Appellant mit den in appellatorio neu vorgeschlagenen Zeugen nicht zugelassen, weil es an den erforderlichen Angaben fehlte; weil eine Nachlässigkeit des Beweisführers als vorliegend anzunehmen war, und weil sowohl das Verhalten des letzteren, als die Zuverlässigkeit der in Vorschlag gebrachten neuen Zeugen verdächtig erschienen.

Aus den Entscheidungsgründen zum Ober-Appellationsgerichtlichen Erkenntnisse vom 21. Juli 1844.

Die Appellation des Klägers mußte als ungegründet verworfen werden.

Zwar würde die Zurückweisung seiner neuen Zeugen nur aus dem Grunde allein, daß dieselben nicht für neu aufgefunden gelten können, noch nicht herzuleiten sein. Denn bei der allgemeinen Fassung des

Art. 7. Tit. 37. P. 1. Stat.

---

*) Vgl. (spätere Sammlung) Bd. I. S. 284. (Novi testes hier sogar post aperios rotulos.) 370. 605. 1043 a. E.

Digitized by Google

kann es kein Bedenken leiden, denselben auf alle diejenigen Fälle anzuwenden, welche auch in der späteren generellen Vorschrift des

J. R. A. § 73.

als Gründe für das beneficium novorum in der Appellationsinstanz — denn auf den davon wesentlich verschiedenen Fall der Restitution gegen ein bereits rechtskräftiges Urtheil wegen neuer Thatsachen oder Beweismittel kann hiebei nichts ankommen — zugelassen werden; wie sich denn hierüber das Ober-Appellationsgericht auch schon in einer früheren Sache

Zadich c. Amsinck zum Urtheile vom 29. März 1834.

umständlich geäußert hat. Dagegen stehen für den vorliegenden Fall folgende speciellere Umstände der Zulassung des Appellanten mit seinem neuen Zeugen und dem deshalb angebotenen Eide entscheidend entgegen.

Erstens würde der gedachte § 73 ganz irrig verstanden werden, wenn man, wie freilich bei manchen Gerichten mißbräuchlich geschieht, die darin erwähnten drei Alternativen:

„daß der Appellant seines neuen Vorbringens in erster Instanz nicht Wissenschaft gehabt, oder solches dermalen nicht einbringen können, oder einzubringen nicht für dienlich oder nöthig erachtet."

cumulativ in den vom Appellanten abzuleistenden Eid aufnehmen wollte, da diese Alternativen sich unter einander widersprechen, so daß immer nur eine derselben mit Bestimmtheit behauptet und mit gutem Grunde beschworen werden könnte. Vielmehr bedarf es jederzeit einer speciellen und bestimmten Angabe des Appellanten, welcher von jenen drei Fällen wirklich eingetreten, und wie es gekommen sei, daß er bisher von dem nachzuholenden Vorbringen oder Beweismitel keinen Gebrauch gemacht habe; und diese Angabe muß zugleich zu seiner Entschuldigung genügen, da es keinesweges in der Absicht des J. R. A. liegen konnte, den Beweisführer gegen eine eigene offenbare Nachlässigkeit sicher

Digitized by Google

zu stellen, und die prozessualische Kraft der Beweisfristen durch Zulassung der durch eine solche Nachlässigkeit übersehenen oder vergessenen Beweismittel zu vereiteln.

Nun aber steht der Appellant in seinem eigenen Vorbringen über den Grund seines verspäteten Vorschlages der jetzt in Frage stehenden Zeugen mit sich selber in Widerspruch, indem er in voriger Instanz zuerst behauptete, daß er an dieselben nicht gedacht, und sie ihm nicht eingefallen seien, gleich darauf aber dieselben als neu aufgefunden bezeichnete, was er denn auch in jetziger Instanz zu behaupten versucht hat, indem er versichert, daß er erst nach Abgabe des Niedergerichtlichen Erkenntnisses in Erfahrung gebracht habe, daß diese Personen Kenntniß von dem thema probandum besäßen. Bei diesem Widerspruche kann man indessen nur bei seiner ersten Angabe stehen bleiben, und auf diese hin darf er, wegen der offenbar ihm zur Last fallenden culpa, zu dem angebotenen Eide nicht zugelassen werden. Denn die Dienlichkeit der jetzt von ihm vorgeschlagenen Zeugen mußte ihm sofort klar werden, sobald bei seiner früheren Beweisantretung die beiden Zeugen gänzlich verworfen würden, welche damals allein über eben diejenigen Thatsachen vernommen werden sollten, die jetzt den Inhalt der für die neuen Zeugen aufgestellten Beweisartikel ausmachen.

Wollte man aber auch der jetzigen zweiten Versicherung des Klägers den Vorzug geben, daß er die fraglichen Zeugen früher wirklich nicht gekannt habe, so würde ihm dabei in ganz gleicher Weise seine eigene grobe Nachlässigkeit entgegenstehen. Denn angenommen, daß er wirklich diese Zeugen während des angeblichen Gesprächs und der Übereinkunft, wobei sie zugegen gewesen sein sollen, nicht bemerkt hätte, so hätte er doch bei Anstellung genauerer Erkundigungen schon viel früher erfahren müssen, daß sie zugegen gewesen seien, da sie sich mit ihm in einem engen, nur wenige Personen fassenden Keller zusammengefunden haben sollen.

Digitized by Google

Zweitens kommt aber auch die große Verdächtigkeit, welche theils aus den näheren Umständen der Sache, theils aus der Persönlichkeit des Klägers hervortritt, als ein entscheidender Grund gegen die Zulassung der neuen Zeugen in Betracht. Es steht nämlich

A. in Beziehung auf die Sache selbst dem Kläger entgegen, daß

1. sein früherer Beweis insoferne sogar gegen ihn ausgefallen ist, als man daraus ersieht, daß zwar zwischen ihm und dem Beklagten davon die Rede gewesen, das Haus wieder für ihn aus dem Concurse anzukaufen, daß aber diese Gespräche keineswegs bis zu dem Abschlusse eines Vertrages gediehen waren. Ferner

2. daß in Beziehung auf das Local der Verhandlungen der jetzige Zeugenbeweis in dem entschiedensten Widerspruche mit der schon früher vom Beklagten durch wenigstens drei Zeugen bewiesenen Thatsache stehen würde, daß die Parteien während der Versteigerung des Hauses gar nicht in einem Böhling'schen Keller, weder im Brotschrangen, wie die frühere Angabe des Klägers lautete, noch in der kleinen Johannisstraße, wie jetzt vom Kläger angegeben wird, zusammengekommen sind, sondern in einem Petersen'schen Keller in der kleinen Johannisstraße; wobei auch an einen Irrthum jener Zeugen des Beklagten um so weniger zu denken ist, als sich unter denselben auch der damalige Aufwärter des Wirthes Petersen befindet.

3. Sodann muß auch der Mangel jeder näheren Angabe, welche Umstände denn jetzt den Kläger auf seine neuen Zeugen aufmerksam gemacht haben, ihre Zulassung sehr bedenklich machen, wie denn auch

4. unmöglich anzunehmen ist, daß diese Zeugen die Wahrheit sagen sollten, wenn sie noch jetzt die ihnen vorgelegten Beweisartikel vollständig bejahen würden. Denn seit dem Vorgange selbst sind nun schon sieben Jahre verflossen, und die Zeugen haben damals als fremde Personen keinen directen Antheil an der Verhandlung nehmen können. Denn

Digitized by Google

ungeachtet aber müßten sie jetzt nicht bloß die vorgefallenen Gespräche im Allgemeinen bestätigen, sondern namentlich über die wirklich getroffene Vereinbarung und die speciellen Bedingungen derselben, z. B. über den Zinsfuß und die Dauer der Unkündbarkeit der vom Beklagten vorzuschießenden Gelder, ganz genaue Angaben machen, wenn dieselben für den Beweis des Klägers etwas nützen sollten. Endlich

5. ist es im höchsten Grade unwahrscheinlich, daß der Kläger, damals noch Fallit, über den beabsichtigten Ankauf des Hauses für seine Rechnung und dessen Bedingungen vor ihm jedenfalls nur sehr wenig bekannten Personen laut und öffentlich geredet haben sollte.

B. Anlangend sodann die Persönlichkeit des Klägers, so genügt es, theils an sein Benehmen während des Concurses zu erinnern, indem dabei der Verdacht absichtlicher Beiseiteschaffung von Gütern schwer auf ihm lastet: theils an Dasjenige, was die Zeugen über seine Versuche ausgesagt haben, sich in dem jetzigen Prozesse günstige Aussagen durch Geld zu gewinnen, theils endlich an die Aussage des Gegenbeweiszeugen Hallier auf den vierten Gegenbeweisartikel, daß der Kläger ihm Geld geboten habe, wenn er dem Beklagten ein auf dessen Haus eingeschriebenes Capital kündigen wolle, um ihn in Verlegenheit zu bringen.

Können nun auch diese Aussagen nicht sämmtlich im Einzelnen als völlig beweisend angesehen werden, so sind sie doch zur Verdächtigung des Klägers im Allgemeinen vollkommen ausreichend, zumal da sie sich gegenseitig unterstützen, und da der Kläger mehr bemüht gewesen ist, die angegebenen Thatsachen zu entschuldigen, als sie zu widerlegen.

Digitized by Google

17.

John Stansfield zu Hamburg, Impetrant, gegen **John Horsfall** in Leeds, später **Dr. J. F. Voigt**, subst. nom. des britischen Chargé d'affaires und General-Consuls **Henry Canning** mand. nom. **Charles Lee & Consorten** zu Leeds, als Assignees des **Horsfall**, Impetraten.

Wirkung auswärtiger Fallissements-Erklärungen auf einheimische Rechtsverfolgung. Reciprocität. Rechtsfall. S. in Hamburg hatte eine Forderung an H. in Leeds zum Belauf von £ 341. 6s 2d. Da die Verhältnisse des H. mißlich wurden, impetrirte S. einen Arrest auf H.'sches Guthaben bei W. — Der Arrest wurde gegen H. prosequirt. — Bevor noch die gegen H. erlassene Citation nach Leeds gelangte, erklärte H. seine Insolvenz. Die Assignees seiner Masse erschienen statt seiner und verlangten auf Grundlage des eingetretenen Fallissements Aufhebung des Arrestes. S. bestritt die Wirksamkeit des auswärtigen Concurses in Betreff seiner Rechtsverfolgung. — Das Handelsgericht und Obergericht erklärten conform, daß die Assignees der englischen Masse gegen S. nur dann durchdringen könnten, wenn sie nachzuweisen im Stande sein sollten, daß, wenn ein dem vorliegenden entsprechender Fall in England vorkäme, der Rechtstitel der hamburgischen Güterpfleger in der Weise anerkannt würde, daß der englische Impetrant zur Aufhebung des Arrestes verpflichtet und mit seiner Forderung hieher ad massam verwiesen werden würde.

— Englisches Recht. In dem mitgetheilten Falle ist die Nachweisung für geführt erklärt, daß von den Englischen Gerichten bei der Frage, ob im Falle eines Concurses und eines auf Güter des Falliten gelegten Arrestes die Fallitmasse oder der arrestirende Gläubiger den Vorzug hinsichtlich der Arrestata habe, weder zwischen Englischen und auswärtigen Fallitmassen, noch zwischen Englischen und auswärtigen arrestirenden Gläubigern ein Unterschied gemacht werde, sondern in diesen Beziehungen Rechtsgleichheit stattfinde.

— Nach Englischem Rechte übt, wie nach dem in Deutschland geltenden gemeinen Rechte der Eintritt des Concurses dann keine den Arrest aufhebende Wirkung aus, wenn schon vorher das

Digitized by Google

Arrestatum dem Impetranten zugesprochen worden ist. (Attachment completed by judgment).

— Der Arrestprozeß gehört nicht dem allgemein gültigen Englischen Rechte an, ist vielmehr nur local. In London kann nur innerhalb des Jurisdictions-Bezirks des Lord Mayor's Arrest nachgesucht werden.

Handelsgerichtliches Erkenntniß
vom 21. September 1837.

Erkannt:

da die Frage, ob der nach der Arrestanlegung erfolgte Concurs des auswärtigen Impetraten den hiesigen Impetranten behindere, lediglich auf den Grund der Arrestanlegung nunmehr für seine unbestrittene Forderung ex arrestatis sich bezahlt zu machen, nur nach dem in solchen Fällen zur Anwendung kommenden Princip der Reciprocität zu entscheiden ist,

daß Kläger Impetrant zu befugen, aus den von den Befehlsträgern A. Windmüller & Gebrüder am 23. Juni dieses Jahres ad depositum judiciale gebrachten Bco.ℳ 5000, sowohl den Betrag seiner im Befehl vom 15. März dieses Jahres erwähnten Forderungen, groß £ 241, 6s 2d sammt Zinsen à 5% pro Anno vom 1. Januar bis zum 30. März dieses Jahres und ferneren Zinsen à 6% pro Anno bis zum Tage der Rechtskraft dieses Erkenntnisses, als auch den Betrag seiner im Befehl vom 7. April dieses Jahres erwähnten Forderung, groß £ 100 sammt Zinsen à 5% pro Ao. vom 1. Janr. bis zum 13. Apl. dieses Jahres und ferneren Zinsen à 6% pro Ao. bis zum Tage der Rechtskraft dieses Erkenntnisses, wie nicht minder den Betrag der Prozeßkosten und der im zweiten Prosecutions-Antrage gedachten Wechselstempel und Protestkosten — so weit zureichend, et salvo jure ratione eines etwanigen Residuums — zu erheben,

es sei denn, daß subst. nom. Beklagter, Impetrat — wie derselbe sodann innerhalb vier Wochen, Klägern, Impetranten, quaevis competentia vorbehältlich, zu thun schuldig — glaubhaft nachzuweisen vermögte,

Digitized by Google

daß in England ein allda, von einem in England Wohnhaften, wegen einer diesem persönlich an einen Hamburger zuständigen, rechtsbegründeten Forderung auf dortiges Guthaben des Letzteren erwirkter Arrest auf Antrag der Curatoren des demnächst in Hamburg fallit gewordenenen Impetraten aufgehoben werde, und demzufolge die Curatoren der hiesigen Fallitmasse, wenn Dem sonst nichts entgegen steht, zur Erhebung der Arrestata gelangen, der Impetrant aber mit seiner dem Arreste zu Grunde liegenden Forderung hieher ad massam verwiesen werde.

Es bleiben jedoch für den Fall einer solchen Nachweisung dem Kläger, Impetranten, wegen dessen, was derselbe außer der Arrestanlegung annoch für sich vorbringt, um seine Befugniß zur Erhebung des Depositi zu begründen, quaevis competentia vorbehalten.

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 4. December 1837.
(Auf impetratische Querel und Appellation.)

Erkannt:

da, selbst bei einer irrigen Anwendung der Grundsätze der Reciprocität, von dem Handelsgerichte immer doch nur eine Sententia iniqua abgegeben sein würde, ein andrer Grund der Nullität aber nicht geltend gemacht worden ist;

da ferner die aufgestellten Beschwerden durchaus unbegründet sind:

daß sowohl die Nichtigkeits- als die Appellationsbeschwerden zu verwerfen, und das Handelsgerichtliche Erkenntniß vom 21. September 1837 a quo lediglich und unter Verurtheilung des subst. nom. Impetraten, Appellanten, in die Kosten dieser Instanz, deren Ermäßigung vorbehältlich, zu bestätigen sei.

Digitized by Google

Impetratiſche Beweisſtücke.*)

a. Gutachten, abgegeben von George Thomas Robert Reynal und George Ashley, zwei der Attornies des Lord Mayor's Court zu London.

We the undersigned being two of the Attornies of the Lord Mayors Court of the City of London, from which the process of attachment in the same City is issued, do certify that by the Law and practice of that Court in matters of attachment, whenever it shall appear by good and sufficient evidence, that any person, whether a subject of Great Britain or any foreign state, whose goods or monies have been attached in the said Court by any creditor of such person, has become and has been duly declared a Bankrupt by the Laws and practice of any foreign realm or state, that such attachment is thereby defeated and dissolved, and further that it is competent for the person holding such goods and monies, to set up a foreign bankruptcy as a defence to the attachment, or if he should neglect or refuse to do so, that the assignees appointed under the foreign bankruptcy may themselves oppose the attachment. And we do further certify, that by the Law and practice aforesaid no difference whatever exists in a question of attachment, whether the bankruptcy is according to the Laws of any foreign realm or state, or the Laws of Great Britain. And further that, after the attachment has been dissolved by such plea or defence of foreign bankruptcy, the assignees have the same remedies against the person, in whose hands the attachment was laid, as if no attachment had been in operation.

*) Der Abdruck der vorgelegten Beweisſtücke ſchien rathſam zu ſein, um den bei obiger Sache in Frage geweſenen wichtigen Punkt, welcher unter Umſtänden ſowohl in Deutſchland als auch in England von Neuem zur Verhandlung kommen kann, möglichſt in's Klare zu ſetzen.

Digitized by Google

All which we certify under our hands and seals this fourteenth day of December 1837.

sign. G. T. R. Reynal. G. Ashley.

b. Gutachten, abgegeben von Russel Gurney, einem der vier Counsels at the Lord Mayor's and Sheriffs Court zu London.

I am clearly of opinion that an attachment on property here by an English subject for a debt due to him from a Hamburgh subject would be defeated by the bankruptcy of the Hamburgh subject, if that bankruptcy took place at any time before judgment was obtained in the attachment.

This was decided by the Court of Chancery as far back as the year 1764 in the case of Solomons v. Ross 1 H. B. 131. — It has been the constant practice of the Mayor's Court, where cases of this description constantly arise, to give this effect to all foreign bankruptcies; and a doubt having been entertained as to the legality of the practice a short time back, the question was solemnly argued in the case of a bankruptcy at Lubeck, and it was then decided that an attaching creditor here gained no priority, unless his attachment was completed by judgment before the date of the bankruptcy, but that the foreign Assignees, and they only, were entitled to the property attached.

sign. Russell Gurney,
2 Inner Temple Lane.
22. December 1837.

c. Responsum des Attorney General, J. Campbell.

A. a British subject residing in Great Britain was indebted to B. residing in Hamburgh, who attached there goods belonging to A. Pending the attachment and within two months after the commencement of the proceedings of attachment, a Fiat of bankruptcy was issued in England against A, and his Assignees in England defend

Digitized by Google

the attachment in the Court of Hamburgh on the Plea of A.'s bankruptcy in England — The Law of Hamburg is, that bankruptcy under these circumstances, and pending the attachment, dissolves the same and vests the property of the bankrupt in his Assignees.

Owing to a principle of reciprocity, to which many Courts abroad adhere, the British Assignees are called upon to show that the Law of Attachement in the case of bankruptcy is equally applied by the English Courts to foreign bankruptcies*) — that is to say:

that property of a foreign Defendant abroad, attached in the City of London by a British subject, will become vested in Assignees under a foreign Commission and resident abroad and the attachment defeated on sufficient evidence being given to an English Court of the Defendants subsequent bankruptcy abroad, pending the Attachment: and

that the English Courts apply the same Law and afford the same protection to foreign Assignees under foreign Commissions of bankruptcy and having rights of Action in foreign Courts, as they do to British Assignees, whenever such Assignees are compelled to bring or defend an Action in England.

For the Satisfaction, therefore, of the Court at Hamburgh, the opinion of Mr. Attorney General, (as the highest legal authority that can be consulted) is requested:

How far the above propositions are correct, or what is the Law of England, as to the rights of foreign Assignees under the circumstances stated?

The title of foreign assignees, in whom the property of the Bankrupt is vested by the Law of the country,

*) The proceedings in Bankruptcy under the Law of Hamburgh and other foreign States are very similar to those in England.

Digitized by Google

in which he is domiciled, would be recognized in the English Courts. The effect of a foreign bankruptcy upon an Attachment in England must depend on the stage of the proceedings when, the bankruptcy takes place, and the steps, which the Assignees take to defeat the Attachment.

Temple, 25. December 1837. sign. J. Campbell.

d. Auszug aus Blackstone's Reports of cases argued &c. in the Courts of Common Pleas and Exchequer-Chamber. London 1801. Vol. 1, p. 131. Ed. 3.

Solomons v. Ross, in Canc. 26. January 1764 before Mr. Justice Bathurst, who sat for Lord Chancellor Northington.

Messrs. Deneufvilles, merchants and partners at Amsterdam, corresponded with Michael Solomons and Hugh Ross, merchants in London. On the 18. of December 1759, the Deneufvilles stopped payment. On the 1. of January 1760, the chamber of desolate Estates in Amsterdam took cognizance thereof, and on the next day they were declared bankrupts and curators or assignees appointed of their estates and effects. On the 20. of December 1759, Ross, who was a creditor of the bankrupts to the amount of near 3000 £ made an affidavit of his debt in the Mayor's Court of London, and attached their monies in the hands of Michael Solomons, who was their debtor to the amount of 1200 £. On the 8. of March 1760, Ross obtained judgment by default on the attachment, and thereupon a writ of execution issued againt Michael Solomons, who was taken in execution, but being unable to pay the 1200 £, gave Ross his note payable in a month; on which Ross caused satisfaction to be entered on the record of the judgment.

A few days after, one Israel Solomons, who had a power of attorney from the curators to act for them

Digitized by Google

in England, filed a bill, making himself and the curators plaintiffs; praying that the defendant, Michael Solomons, might account with them for the effects of the bankrupts, which were in his hands; might pay and deliver the same over to Israel Solomons for the use of the curators, and be restrained from paying or delivering them over to Ross.

Michael Solomons then filed a bill by way of interpleader, praying an injunction, and that he might be at liberty to bring the 1200 £ into Court. This money was accordingly paid into the bank in the name of the accountant general, pursuant to an order of the court.

The decree directed, inter alia, „That the stock, purchased with the money paid into the bank, should be transferred to Israel Solomons, for the benefit of the creditors of the bankrupts, and that Ross should deliver up the note given by Mr. Michael Solomons for 1200 £, to be cancelled."

e. Beglaubigter Auszug aus dem Protokolle des Lord Mayor Court („of the Record and Judgment, and of the Special Case") über eine Verhandlung und Urtheilsfällung in der Sache Henry William Lebrecht Cruſius gegen Henry Diedrich Beel & Charles William Witthauer in Firma Beel & Witthauer zu Lübeck, in welcher Cruſius einen Arreſt auf Guthaben der inſolventen Firma Beel & Witthauer bei Edward Henry Sieveking gelegt hatte, welcher Arreſt von den Curatoribus bonorum der Lübeckiſchen Fallitmaſſe Heinrich Behrens und Johannes Fehling angefochten wurde.

Der Schluß des umfangreichen Documentes, dem ein Atteſt des Attorney John Carter über die näheren Umſtände der damaligen Proceduren vorangeſchickt iſt, lautet:

„Afterwards, to wit on Saturday the ninth day of July in the seventh year of the reign — the Jurors of the Jury aforesaid, being solemnly called twelve of them

Digitized by Google

that is to say Joseph Arnold &c. appeared, who being elected and tried and the said Joseph Arnold &c. being sworn and the said Robert Harvey, one of the people called Quakers, being affirmed upon the said Jury, according to the custom of the said city, to declare the truth of and concerning the premises and to try the Issue joined between the said parties in the plea aforesaid for their verdict upon their Oath and Affirmation say,

that the said sum of one thousand four hundred pounds and the goods and chattels, so attached and defended as aforesaid, were the property of the said Approvers in manner and form as the said Approvers have above in their said Bill of proof and probation in that behalf alleged.

Therefore it is considered by the Court, that the said Plaintiff take nothing by his Bill original and attachment aforesaid, and that the said Approvers go acquitted thereof without a day."

f. Die Short hand writers note über den Vortrag des Recorder in einem andern die insolvente Firma Beel & Witthauer betreffenden Rechtsfall: von Melle v. Beel & Witthauer, als Beklagte, Pauli & Comp. als Garnishees (Befehlsträger) und Behrens & Fehling als Intervenienten, Namens der Masse.

Guildhall, 10. December 1836.

The Recorder, after reading the case and the questions reserved for his opinion, said:

— —

The second point is, whether the attachment having been lodged prior to the alleged bankruptcy of the Defendants and the appointment of the Approvers, as their Assignees, had the legal effect of giving a preference to

Digitized by Google

the Plaintiff as the attaching creditor, and of preventing the bankruptcy of the Defendants from operating to defeat the attachment. — Upon considering the various cases that have been referred to and which the Court has looked into and also one or two Manuscript cases in this Court, which it will draw to the attention of those who are here assembled, I think attachments not perfected by judgment do not operate to defeat an intervening Bankruptcy and Assignment; that the attaching creditor does not obtain thereby any priority or preference, but on the contrary the attachment is defeated by the intermediate Bankruptcy and Assignment.*)

Impetrantisches Beweis-Document.

Attest des George Ashley (s. oben 3 sub a).

George Ashley, of the Lord Mayors Court in the City of London, maketh oath and saith, that he this Deponent is an Attorney of the Lord Mayors Court in the City of London. And this Deponent saith, that in accordance with an ancient custom prevailing within the City of London, any person may take proceedings in the said Court to attach the monies or goods of his debtor in his own hands, or in the hands of any other person residing within the liberties of the said City. And this Deponent saith, that the Law of Attachment only extends to that part of London which is within the Jurisdiction of the City, and does not extend to England generally, nor even to the whole of the Metropolis, and in particular no such law or practice prevails in the Town of Leeds

*) In dem oben mitgetheilten Passus ist der Hauptpunkt berührt. Der Vortrag des Recorder ist sehr umfangreich und geht in Details ein, deren Mittheilung zu viel Raum in Anspruch nehmen würde.

Digitized by Google

in Yorkshire, as he this Deponent verily believes. And this Deponent further saith that some time since he acted as the Attorney for and on behalf of Edward Henry Sieveking, against whom proceedings were instituted in the Lord Mayors Court in London by two parties separately, videlicet Henry William Lebrecht Crusius of Leipsig and one William von Melle of the City of London, both of whom sought to attach monies in the hands of the said Henry Edward Sieveking, the property of Messrs. Beel & Withaüer of Lubeck, and this Deponent saith, that verified copies of the proceedings in the case of the Action by Crusius, which was first heard in the said Court, have as he this Deponent hath been informed transmitted to Hamburgh, and this Deponent saith that the Judgment of the said Court in the Action of von Melle was given subsequently to that in Crusius's Action, and in both cases the facts were the same, but nevertheless the judgment of the Court in the Action of von Melle was directly opposite to that in the Action of Crusius, and it would so appear, if the proceedings in von Melles Action could be discovered, but the same have been destroyed by fire*), and this Deponent saith that after the decision of the Court the Judge disapproved the judgment in the case of Crusius, but although the said Judge regretted his decision in the case of Crusius, he declined to reverse the said judgment, and proceedings were therefore withheld in the Court of Chancery, which ended, as he, this Deponent, has been informed, in an extrajudicial arrangement between the parties.

sign. G. Ashley.

---

*) Bei der im Januar 1838 geschehenen Zerstörung der Londoner Börse durch Feuer.

Digitized by Google

Handelsgerichtliches Erkenntniß vom 26. November 1838.

Erkannt:

da die durch Erkenntniß vom 21. September 1837 verlangte glaubhafte Nachweisung durch die impetratischerseits producirten Anlagen sub Nris. 4—7, und durch die Beziehung auf Blackstones Report's V. 1. p. 131 völlig genügend ertheilt, auch reprobando keineswegs geschwächt ist, indem das Schreiben des Dr. Steche für den fraglichen Punkt hier ohne alle Bedeutsamkeit ist, der in dem Ashley'schen Affidavit vom 9. März 1838 enthaltene von Melle'sche Fall nach dem Report des Recorder als ein solcher dasteht, der keineswegs irgend Etwas gegen das Nachweisungs-Thema darthut; da auch die versuchte Eidesdelation im directen Reprobationsverfahren gänzlich unzulässig ist; aber wäre dies auch nicht der Fall, eine irrige Rechtsansicht des Anwalts schon an und für sich nichts gegen das wirklich bestehende Recht releviren würde, hier nun aber nicht einmal von einem Widerspruche mit dem vorgedachtermaßen nachgewiesenen Grundsatze des Englischen Rechts die Rede sein kann, indem, als der Wechsel gezogen wurde — am 31. März 1837 — und als die Administratoren oder einige derselben am 14. April 1837 den Brief an Windmüller Gebrüder schrieben, noch nicht das fiat — welches ausweise Anlage 2 und 3 der Exceptionen erst am 20. April 1837 erfolgte — ergangen war,

daß die dem subst. nom. Beklagten, Impetraten, durch Erkenntniß vom 21. September 1837 auferlegte Nachweisung für vollständig erbracht und keineswegs durch den Gegenbeweis elidirt zu erachten, und Kläger, Impetrant, daher unter Verurtheilung in sämmtliche Kosten des Beweisverfahrens, inclusive natürlich derer der Übersetzungen, schuldig sei, die ihm durch gedachtes Erkenntniß reservirten Competentien innerhalb 8 Tage sub poena contumaciae beizubringen.

Digitized by Google

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 5. April 1839.
(Auf impetrantische Appellation.)

Erkannt:

da das rechtskräftige Handelsgerichtliche Erkenntniß vom 21. September 1837, den Impetraten eine glaubhafte Nachweisung darüber auferlegt hat, daß in England nach gleichen Grundsätzen wie der Articulus 10 der Neuen Falliten-Ordnung vorschreibt, und zwar namentlich im Verhältnisse zu Hamburgischen Fallitmassen, verfahren werde;

da für den vorliegenden Rechtsstreit eines Hamburgers gegen eine Fallitmasse in Leeds zwar allerdings auch die Nachweisung, daß speciell in Leeds nach solchen, den Vorschriften der Hamburgischen Falliten-Ordnung analogen Principien verfahren werde, genügt haben würde;

da aber die von den Impetranten producirten Beweismittel das Beweisthema, auch bei ebengedachter Restriction desselben, nach Maßgabe des concreten Falles, gar nicht berühren, indem sie nur nachweisen, daß bei dem Lord Mayor's Court in der City of London observanzmäßig solche Grundsätze in Anwendung gebracht werden, der Gerichtsgebrauch eines einzelnen Gerichtshofes aber keinen zuverlässigen Schluß auf die bei andern Gerichtshöfen herrschenden Rechts-Normen, gestattet;

da auch das von dem Impetranten in reprobatorio beigebrachte Affidavit des George Ashley, mit Bestimmtheit erklärt, theils daß der Gerichtsgebrauch des Lord Mayor's Court (wie das ganze Verfahren in Arrestsachen vor demselben) nur local sei, theils, daß ein solcher Gerichtsgebrauch und ein solches Verfahren anderswo in England und namentlich in Leeds nicht existire;

da dagegen aber im Interesse der Impetraten in Erwägung gezogen werden muß, daß der Lord Mayor's Court einer der angesehensten Gerichtshöfe des Landes ist, daß daher auch seine Autorität nicht ohne Einfluß auf das Verfahren anderer Gerichte geblieben sein dürfte, und da

Digitized by Google

mithin die Behauptung der Impetraten, daß von allen Gerichtshöfen Englands, bei welchen Arreste impetrirt werden können, dieselben Grundsätze befolgt werden, nicht ganz unberücksichtigt bleiben kann und zur Gestattung eines besseren Beweises führen muß:

daß das Handelsgerichtliche Erkenntniß vom 26. November 1838, a quo wieder aufzuheben und nunmehr das die Impetraten verurtheilende Handelsgerichtliche Erkenntniß vom 21. September 1837, zu purificiren, die Impetraten wollten und könnten denn in termino praefigendo, bei Verlust dieses Rechts, Klägern, Impetranten, Gegenbeweis et quaevis competentia, auch die Mitbenutzung der in reprobatorio beigebrachten Anlage I, vorbehältlich, zum Behufe einer besseren Beweisführung glaubhaft nachweisen:

entweder, daß in Leeds speciell, oder daß in ganz England oder doch wenigstens da, wo Arrestverfahren stattfindet, dieselben Grundsätze gegen fremde Fallitmassen im Allgemeinen, oder doch speciell gegen hamburgische Fallitmassen in Anwendung gebracht werden, welche, als observanzmäßig beim Lord Mayor's Court in der City of London herrschend, von den Impetraten nachgewiesen worden sind.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß
vom 21. Juli 1841.
(Auf beiderseitige Appellation.)

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der beiderseitigen Appellationen für gewahrt zu achten, und, die Sache selbst anlangend, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Hamburg vom 5. April 1839, in Folge der Appellation der Impetraten wiederum aufzuheben, und das Erkenntniß des Handelsgerichts vom 26. November 1838 in der Maaße wieder herzustellen sei:

daß die den Impetraten durch das Handelsgerichts-Erkenntniß vom 21. September 1837 auferlegte Nachweisung für nothdürftig erbracht und keineswegs durch den Gegen-

Digitized by Google

beweis elidirt zu erachten, und Impetrant nunmehr schuldig sei, Dasjenige, was er über die ihm in letztgedachtem Erkenntnisse vorbehaltenen Competentien annoch vorzubringen haben mögte, binnen einer vom Handelsgerichte anzusetzenden kurzen Frist sub poena contumaciae zu verhandeln; die Kosten des bisherigen Beweisverfahrens aber bis zum künftigen Endurtheile auszusetzen seien.

Die Kosten beider Appellations-Instanzen werden gegen einander verglichen und aufgehoben.

Entscheidungsgründe.

Die den Impetraten im Erkenntnisse des Handelsgerichts vom 21. September 1836 aufgegebene Nachweisung ist den Umständen nach für nothdürftig erbracht anzunehmen.

Es kann nämlich

I. zuvörderst der in dem gedachten Erkenntnisse gebrauchte Ausdruck „glaubhaft nachweisen" nicht anders verstanden werden, als daß das Handelsgericht hierdurch eine Erleichterung des Beweises bezweckt hat, und nur die Beibringung solcher Beweismittel hat verlangen wollen, welche ohne eine strenge Anwendung der formellen Regeln des gewöhnlichen Beweises zur richterlichen Überzeugung geeignet seien. Dies ist dem gewöhnlichen Sprachgebrauch, namentlich dem der Hamburgischen Gerichte, gemäß, und es waren auch für eine solche Erleichterung des Beweises besondere Gründe vorhanden, indem theils ein Satz des Englischen Rechts und eine Englische Gerichts-Praxis nachgewiesen werden sollte, worüber häufig Beweise in der im Deutschen Prozesse vorgeschriebenen Form nicht füglich herbeizuschaffen sind, theils die ganze Beweisauflage eine bloße Official-Maßregel war.

II. Die einzelnen von den Impetraten in erster Instanz beigebrachten Beweismittel sind, unter der obigen Voraussetzung, in formeller Hinsicht sämmtlich zu berücksichtigen.

Dies ist 1. bei dem Affidavit des Attorney Carter überall nicht bestritten.

Digitized by Google

2. Bei den Attestaten des Attorney general Campbell und des Counsel Gurney ist die Unterschrift der Aussteller beglaubigt, und bei dem Attestate der Attornies Reynal und Ashley ist dieselbe gleichfalls durch das Affidavit des Clerk Carlos außer Zweifel gesetzt.

3. Eine eidliche Bestärkung der unter 2 erwähnten Attestate war nicht wesentlich, da die Aussteller glaubwürdige Personen sind und im Wesentlichen rechtliche Gutachten ertheilen, wobei sie nur solche Gegenstände bezeugen, welche zu ihrem Geschäftskreise gehören.

4. Die Richtigkeit der Abschriften der gerichtlichen Verhandlungen bei dem Lord Mayors Court in Sachen Crusius c. die Cur. bon. von Beel & Witthauer ist durch das Affidavit des Attorney Carter genügend constatirt.

5. Was endlich die von einem Schnellschreiber niedergeschriebenen Verhandlungen bei dem Lord Mayors Court in Sachen v. Melle wider die eben genannten Cur. bon. und zwar

a. die prozessualische Zulässigkeit dieser Urkunde betrifft, so kann solche

erstlich in so weit, als dadurch nur der Gegenbeweis, welchen der Impetrant durch Bezugnahme auf jene v. Melle'sche Rechtssache und durch das hierüber beigebrachte Affidavit des Attorney Ashley zu führen versuchte, elidirt werden soll, gar keinen Zweifel leiden. Denn dieser Punkt ist durch die Erkenntnisse des Handelsgerichts vom 2. Juli und des Obergerichts vom 1. October 1838 schon rechtskräftig gegen den Impetranten entschieden; welche Entscheidung auch völlig richtig ist, da die Impetraten unstreitig befugt waren, bei der Anfechtung jenes Theils des Gegenbeweises die näheren Umstände der v. Melle'schen Sache und die eigentlichen Gründe des darin ergangenen Erkenntnisses, welche der Impetrant verschwiegen hatte, nachzuweisen, was für eine reprobatio reprobationis in demjenigen Sinne, in welchem solche allein für unzulässig zu achten ist, nicht gehalten werden kann, sondern sich vielmehr als eine

Digitized by Google

Einrede verhält, wodurch der Unwerth eines einzelnen Gegenbeweismittels dargethan werden sollte.

Zweitens, die fragliche Urkunde ist aber auch insoweit für zulässig zu achten, als dieselbe mit zur Führung des eigenen Beweises der Impetraten dienen soll. Denn wenn sich der Impetrant in seinem Gegenbeweise auf eine unvollständige Art auf die v. Melle'sche Rechtssache berief, so mußte er sich gefallen lassen, daß die Impetraten dieses Gegenbeweismittel durch Beibringung der gerichtlichen Verhandlungen vervollständigten und sich dann ihrerseits auf dasselbe als ein Beweismittel beriefen, was aus den Grundsätzen von der Gemeinschaft der Beweismittel folgt, zumal sich beides gar nicht scharf von einander scheiden läßt.

b. Anlangend sodann die Ächtheit der gedachten Urkunde und die Richtigkeit ihres Inhalts, so spricht theils für die Erstere die Ansicht der in der jetzigen Instanz zur Vergleichung vorgelegten Original-Ausfertigung, sowie für die Letztere das innere Gepräge der Wahrheit, welches die aufgezeichneten Verhandlungen tragen; theils aber beseitigen sich die desfallsigen Bedenken dadurch, daß die Impetraten im Beweisverfahren ihren Gegner ausdrücklich aufgefordert haben, wenn er die Unächtheit jenes Actenstückes behaupten wolle, dies bestimmt zu thun, er aber hierauf nichts erwiedert und eine bessere Nachweisung nicht verlangt hat, weshalb er denn mit seinen vagen Äusserungen von „angeblich" u. dgl., in den höheren Instanzen nicht gehört werden kann.

Dahingegen ist freilich die von den Impetraten erst in der jetzigen Instanz producirte Abschrift einer Stelle aus Cullen principles of bankrupt law, gegen deren Berücksichtigung der Impetrant protestirt, nach dem vom Ober-Appellationsgerichte beständig befolgten Grundsatze formell unzulässig, daß es unstatthaft sei, die Beschwerde über eine Beweisauflage durch die versuchte Führung dieses Beweises in der Appellations-Instanz zu rechtfertigen.

III. Soviel nun aber das materielle Ergebniß des Beweises und Gegenbeweises anbetrifft, so ist

Digitized by Google

a. vollständig nachgewiesen, daß von den Englischen Gerichten bei der Frage, ob im Falle eines Concurses und eines auf die Güter des Falliten angelegten Arrestes die Fallitmasse oder der arrestirende Gläubiger den Vorzug hinsichtlich der Arrestata habe, weder zwischen Englischen und auswärtigen Fallitmassen, noch zwischen Englischen und auswärtigen arrestirenden Gläubigern ein Unterschied gemacht wird, sondern in diesen Beziehungen Rechtsgleichheit stattfindet.

Dies ergiebt sich nämlich

1. in Ansehung der auswärtigen Fallitmassen

a. aus den beiden Präjudicaten des Court of Chancery in Sachen Solomons c. Ross von 1764 und in Sachen der Curatoren von de Neufville c. Deponthieu und Baril von 1769, in dem von den Impetraten zu den Acten gebrachten Werke

Blackstone report of cases argued &c. in courts of common pleas and exchequer chamber, edit. 3. Vol. 1, p. 131, 132, not. a.

Die von dem Impetranten hiegegen vorgebrachten Einwendungen sind höchst unerheblich. Denn seine Supposition, daß diese Erkenntnisse eine besondere Beziehung auf Holland hätten, findet weder in ihnen selbst, noch in dem darüber im Texte vorkommenden Äusserungen die geringste Begründung; daß ferner die gedachten Präjudicate keineswegs veraltet und vergessen sind, zeigt sich daraus, daß sie noch in der neuesten Zeit bei den Entscheidungen des Recorder des Lord Mayor's Court und in dem Attestate des Counsel Gurney zum Grunde gelegt werden; und der Zusatz am Ende der not. a. „But see Cooke's bankrupt law p. 243. 244" ist offenbar viel zu unbestimmt, als daß darauf auf eine dort vorgetragene entgegengesetzte Meinung geschlossen werden könnte.

Der fragliche Grundsatz erhellt formell

b. aus dem ersten Theile des Attestates des Attorney general Campbell;

Digitized by Google

c. aus dem ersten Theile des Attestates des Counsel Gurney;

d. aus dem Präjudicate des Lord Mayors Court in Sachen Wylie c. Anderson & Ramsey von 1797 und dem damaligen Vortrage des Recorder;

e. aus dem Vortrage des Recorder bei dem genannten Gerichte in Sachen v. Melle c. Cur. bon. Beel & Witthauer von 1836;

f. aus dem Präjudicate desselben Gerichts in Sachen Crusius wider die ebengedachten Curatoren von 1837;

endlich g. aus dem Attestate der Attorneys Reynal und Ashley.

2. hinsichtlich der arrestirenden Gläubiger geht jene Rechtsgleichheit hervor

a. aus den beiden angeführten Präjudicaten der Court of Chancery;

b. aus dem Attestate des Counsel Gurney;

c. aus dem Vortrage des Recorder in Sachen v. Melle, welcher Letztere in London wohnte;

und d. aus dem Attestate der Attornies Reynal und Ashley.

Diese beiden Sätze sind nicht bloß als eine Praxis des Lord Mayor's Court, sondern durch die Präjudicate des Court of Chancery und die Attestate des Attorney general Campbell und des Counsel Gurney als allgemeine Grundsätze des Englischen Rechts nachgewiesen; und der Impetrant hat im Gegenbeweise nicht das Geringste dawider beizubringen vermogt.

B. Ferner ist auch die Nachweisung — welche nach der Fassung des rechtskräftigen Beweissatzes und dessen Erläuterung in den Entscheidungsgründen des Beweiserkenntnisses vom 21. September 1837 dem Impetraten außer dem vorigen Beweise obliegt, — daß nach Englischem Rechte ein schon vor dem Concurse angelegter Arrest durch den nachherigen Ausbruch des Concurses unwirksam und in diesem

Digitized by Google

Falle das arrestirte Gut den Curatoren der Fallitmasse zugesprochen werde, ohne Zweifel in soweit erbracht worden, daß dies die entschiedene und constante Praxis des Lord Mayor's Court ist. Es geht nämlich hervor

1. aus dem Präjudicate in Sachen Wylie c. Anderson & Ramsey von 1797 und dem damaligen Vortrage des Recorder;

2. aus dem Vortrage des Recorder in Sachen v. Melle c. Cur. bon. von Beel & Witthauer von 1836;

3. aus dem Präjudicate in Sachen Crusius c. die genannten Curatoren von 1837;

4. aus dem Attestate des Counsel Gurney:

und der Gegenbeweis, welchen der Impetrant durch das in Sache v. Melle ergangene Erkenntniß zu führen versucht hat, ist durch den unter 2. gedachten Vortrag des Recorder, woraus die Gründe dieses Erkenntnisses zu ersehen sind, völlig elidirt. Zwar wird von dem Lord Mayor's Court bei dem gedachten Grundsatze die Beschränkung gemacht, daß in dem Falle, wenn die mit Arrest belegten Güter schon vor dem Ausbruche des Concurses dem arrestireuden Gläubiger durch ein Urtheil zuerkannt worden sind, dieser Letztere den Vorzug vor den Curatoren der Fallitmasse habe; allein ein solcher Fall liegt gegenwärtig nicht vor.

C. Demnach kömmt es nur noch darauf an, ob dieser Grundsatz auch als ein allgemeiner Grundsatz des Englischen Rechts und der Englischen Gerichte — natürlich in Ansehung derjenigen Theile von England, wo ein Arrest-Verfahren stattfindet — nachgewiesen sei?

Diese Frage ist nun freilich zweifelhafter als die beiden vorigen; indessen aus den folgenden Gründen kann auch dieser Punkt wohl schon jetzt für genügend constatirt erachtet werden, ohne daß es noch der Auflage einer besseren Nachweisung hierüber bedarf.

1. Die schon angeführte Entscheidung des Court of Chancery in Sachen Solomons c. Ros von 1764 ist

Digitized by Google

zugleich ein Präjudicat dieses höchsten, für ganz England bestellten Gerichtshofes für den hier in Frage stehenden Grundsatz, daß nämlich — abgesehen von dem Falle eines bereits ergangenen Erkenntnisses — auch bei einem schon vor dem Concurse angelegten Arreste die Curatoren der Fallitmasse den Vorzug vor dem arrestirenden Gläubiger haben; denn in jener Rechtssache war der Arrest schon am 20. December 1759 zu London angelegt worden, die Verfügungen des Amsterdamer Concursgerichtes aber, wodurch die Schuldner für bankerott erklärt und Curatores bonorum bestellt wurden, erst am 2. Januar 1760 erfolgt, und der Umstand, daß die Schuldner ihre Zahlungen bereits am 18. December 1759 eingestellt hatten, ist hierbei gleichgültig, da nach den Holländischen Gesetzen — wie bei Blackstone l. c. in der Nota a bemerkt ist — der Zeitpunkt des Ausbruchs des Concurses sich nicht hiernach, sondern nach jener gerichtlichen Verfügung bestimmte. In dieser Maaße ist denn auch die gedachte Entscheidung von dem Recorder des Lord Mayor's Court bei seinem Vortrage in Sachen v. Melle und von dem Counsel Gurney bei seinem Attestate als Präjudicat zum Grunde gelegt worden.

2. Außerdem hat der frühere Recorder des Lord Mayor's Court bei seinem Vortrage in Sachen Wylie c. Anderson & Ramsey auch noch eine andere Rechtssache der Curatoren der Fallitmasse von Blanchard c. Potts angeführt, worin Lord Kenyon, unter Bezugnahme auf einen gleichen Ausspruch des Lord Fardwicke, den Grundsatz aufgestellt habe, daß ein Arrest ohne Erkenntniß keinen Vorzug gebe.

3. Von dem Lord Mayor's Court wird der fragliche Grundsatz nicht etwa als ein dortiges besonderes Localrecht, sondern als ein allgemeiner Satz des Englischen Rechts betrachtet und angewandt, wie aus den angeführten Vorträgen der beiden Recorders und aus dem Attestate des Counsel Gurney hervorgeht; und diese Ansicht und Praxis des Gerichtshofes der City von London ist nach der

Digitized by Google

Natur der Verhältnisse eine besonders wichtige Autorität für andere Englische Gerichte und würde von diesen wahrscheinlich berücksichtiget werden.

4. Aus dem Vortrage des Recorder in Sachen v. Melle ist ersichtlich, daß derselbe nicht bezweifelt, das Court of Chancery werde, falls die Sache durch Appellation dahin gelangen sollte, gleichfalls nach dem gedachten Grundsatze erkennen.

5. Der Counsel Gurney erklärt in seinem Atteſtate bestimmt den fraglichen Satz für einen allgemeinen Grundsatz des Englischen Rechts.

6. Der Attorney general Campbell hat sich zwar in seinem Atteſtate über jenen Punkt nicht deutlich ausgedrückt, aber da er doch den Vorzug zwischen dem Arreste und dem Concurse nicht schlechthin auf den Vorzug der Zeit stellt, sondern vielmehr bemerkt, daß die Wirkung eines auswärtigen Bankerotts auf einen Arrest in England von der Lage des Verfahrens zu der Zeit, wo der Bankerott stattfinde, abhängen müsse,

— „on the stage of the proceedings“ —

so liegt hierin, daß die bloße Existenz eines Arrestverfahrens vor dem Ausbruche des Concurses, also die bloße Anlegung des Arrestes, womit dasselbe anfängt, gegen die Curatoren der Fallitmasse unwirksam sei, und scheint mit jenem Satze gerade auf den von dem Lord Mayor's Court, von dem Counsel Gurney und in der Rechtssache unter 2 angenommenen Unterschied hingedeutet zu sein, daß es darauf ankomme, ob bei dem Ausbruche des Concurses bereits ein Erkenntniß ergangen sei, wodurch die Arrestata dem arrestirenden Gläubiger zugesprochen worden.

7. Sodann kömmt auch die große Schwierigkeit einer weiteren Nachweisung in Betracht, zumal da nach dem von dem Impetranten selbst producirten Affidavit des Attorney Ashley das Arrestverfahren keinen Theil des allgemeinen Englischen Rechts ausmacht, sondern nur local ist, und es

Digitized by Google

sehr dahin gestellt bleiben muß, ob der hier in Frage stehende, so höchst specielle Fall auch an andern Orten vorgekommen und ein bestimmter Grundsatz darüber angenommen sei. Endlich ist auch

8. der Umstand sehr erheblich, daß der Impetrant sogar nicht im Stande gewesen ist, in seinem Gegenbeweise irgend etwas für eine andere Englische Praxis oder Rechtsansicht, wonach bei einem vor dem Concurse angelegten Arreste der arrestirende Gläubiger den Vorzug vor den Curatoren der Fallitmasse hätte, beizubringen. Wenn er in dieser Hinsicht den Impetraten einen Eid über gewisse Vorgänge deferirt hat, welche in Leeds stattgefunden haben sollen, so sind diese Vorgänge offenbar unerheblich, da sie nach der eigenen Angabe des Inpetranten in die Zeit vor dem Concurse des John Horsfall fallen, wo die Frage, ob der in Hamburg angelegte Arrest durch dessen Concurs unwirksam werde, noch gar nicht vorlag und also der Anwalt der Gläubiger des Horsfall und die Trustees des Letzteren dadurch, daß sie das Recht des Impetranten auf die Arrestata anerkannten, natürlich keine Rechtsansicht über jene Frage geäußert haben können.

Demgemäß war in Folge der Appellation der Impetraten das Erkenntniß des Obergerichts vom 5. April 1839 aufzuheben und die Entscheidung des Handelsgerichts vom 26. November 1838, daß die den Impetraten auferlegte Nachweisung für erbracht anzunehmen sei, wieder herzustellen, die jetzige Appellation des Impetranten aber zu verwerfen.

Hierdurch revivisciren jedoch die von dem Impetranten in der vorigen Instanz angebrachten eventuellen Beschwerden,

1. daß er in die Kosten des Beweisverfahrens verurtheilt, und

2. daß ihm aufgegeben worden sei, die ihm im Erkenntnisse des Handelsgerichts vom 21. September

Digitized by Google

1837 vorbehaltene Competentien sub poena contumaciae beizubringen.

Von diesen beiden Beschwerden war nun der ersten in soweit Statt zu geben,

daß die Entscheidung über die Kosten des bisherigen Beweisverfahrens bis zu dem künftigen Erkenntnisse in der Hauptsache auszusetzen war, da die Beurtheilung der letzteren von wesentlichem Einflusse auf jene Entscheidung ist; und hierbei waren auch die Kosten der Übersetzungen von den übrigen Kosten nicht zu trennen, da die Beibringung von Übersetzungen in der Handelsgerichts-Ordnung Art. 21 unbedingt vorgeschrieben ist, also deren Kosten einen Theil der gewöhnlichen Prozeßkosten bilden.

Dahingegen erscheint die zweite Beschwerde als ungegründet und überflüssig. Denn daß das Handelsgericht am 26. November 1838, nachdem seit der Verhandlung über die besonderen Ansprüche des Impetranten auf die Arrestata mehr als ein Jahr verflossen war, nicht sofort und ohne eine abermalige Verhandlung hierüber erkannt hat, war nach der Einrichtung dieses Gerichts angemessen; natürlich hat aber die fragliche Auflage nicht den Sinn, daß dadurch das von dem Impetranten früher Vorgetragene für ungenügend erklärt wäre, vielmehr steht es ihm völlig frei, bei der angeordneten Verhandlung auf dieses Letztere zu submittiren, und es ist daher für ihn nur ein Vortheil, daß ihm jene Verfügung die Gelegenheit zu weiteren Ausführungen gewährt. Ebenso ist nicht abzusehen, wie er in dem Präjudiz der contumacia eine Beschwerde finden kann, da sein eigenes petitum auf ein sofortiges Erkenntniß, ohne alle Gestattung einer weiteren Verhandlung, gerichtet ist. Um übrigens jeden möglichen Zweifel über den Sinn der gedachten Auflage zu verhüten, ist derselben bei deren Wiederherstellung eine bestimmtere Fassung gegeben worden.

Aus den vorstehenden Gründen war so, wie geschehen, zu erkennen, und waren die sämmtlichen Kosten zweiter und dritter Instanz zu compensiren, da auch in Ansehung

Digitized by Google

der jetzigen Appellation der Impetranten die Sache wegen des unter C. aufgehobenen Punktes als nicht unzweifelhaft erscheint.

18.

Dr. N. F. Haller subst. nom. **C. H. Donner** in Altona, mand. nom. **T. W. Smith & Comp.** in London, Kläger, Impetrant, gegen Capitain **Royter** vom Schiffe **Helena Margaretha**, später **Dr. Oppenheimer** mand. nom. **V. J. Vallentin** und **C. G. Lindberg**, als Curatores bonorum der Masse von **W. Malm**, als Rheder des genannten Schiffes, Beklagten, Impetraten.

Eigenthumsübergang in Betreff von Schiffen. Rechtsfall. M. in Gothenburg stellte im Juni 1836 einseitig zwei Documente aus, durch welche er erklärte, daß S. & Comp. in London — Gläubiger von ihm zu einem bedeutenden Belaufe — ein ihm gehöriges, derzeit auf einer Reise befindliches Schiff für 1200 £ von ihm gekauft hätten; daß das Schiff an S. & Comp. übergeben werden solle, sobald es von seiner Reise zurückkehre; daß übrigens S. & Comp. befugt sein sollten, beliebig schon vor der Rückkunft des Schiffes in den vollen Besitz des Schiffs-Eigenthums zu treten, falls sie ihm, dem M., 1200 £ gut schreiben würden. Außerdem kommt in jenen Documenten noch der Satz vor: „er, M., überliefere das Schiff hiedurch eigenthümlich an S. & Comp." — Diese Documente wurden S. & Comp. erst zugestellt, nachdem das Schiff von seiner damaligen Reise zurückgekehrt gewesen war und von Neuem eine Reise angetreten hatte. Dem Capitain des Schiffes schrieb M. um dieselbe Zeit, er solle den Überschuß der einzunehmenden Fracht an S. & Comp. remittiren. — M. fallirte, und nun nahmen S. & Comp. das Schiff, als dasselbe in Hamburg eintraf, mittelst Arrestschlages in Anspruch, und ließen sich von dem Capitain, übrigens ohne demselben Kunde von dem M.'schen Fallissemente zu geben, als Eigenthümer des Schiffes anerkennen. Die Curatores bonorum des M. widersetzten sich dem Anspruche von S. & Comp. und

Digitized by Google

behaupteten, daß diese kein Eigenthum an dem Schiffe erlangt hätten, auch den Umständen nach nicht hätten erlangen können.

— Durch die Hingabe der vorstehend erwähnten Documente an S. & Comp. wurden dieselben befugt, das Schiff einseitig in Besitz zu nehmen; Eigenthum erwarben sie indessen dadurch noch nicht. Erst durch wirkliche (re integra vorgenommene) Besitzergreifung würde dies geschehen sein.

— Verschiedenheit des hier vorliegenden Falles von demjenigen der L. 1. Cod. de donatt. Hier war nur das Verkaufsdocument eingehändigt worden, dort wird von der Überlieferung derjenigen Documente geredet, welche das Eigenthum des Verkäufers an der zu trabirenden Sache bekunden. (So auch nach Englischem Rechte.)

— Wirkung des Concurs-Ausbruches. Die in dem entschiedenen Falle zu Hamburg geschehene Besitzergreifung des Schiffes war wirkungslos, weil sie nach dem Fallissemente des M. Statt fand. Das S. & Comp. eingeräumte jus occupandi war ein persönliches Recht, welches nach dem Ausbruche des Concurses nicht mehr mit Wirksamkeit realisirt werden konnte. Außerdem hätte der Arrest keine vollständige Ergreifung gebildet.

Erlöschen des Mandates. Wirkung auf Handlungen des Mandatars. Das von M. an den Capitain des Schiffes ertheilte Mandat, die Frachtgelder an S. & Comp. zu remittiren, erlosch durch den Concurs des M. Die von dem Capitain an S. & Comp. ausgestellte Erklärung, jenem Auftrage Folge leisten zu wollen, war von jenem Zeitpunkte an wirkungslos. Hiebei machte es keinen Unterschied, daß der Mandatar zur Zeit jener Erklärung von der Erlöschung des Mandats noch keine Kenntniß gehabt hatte.

Handelsgerichtliches Erkenntniß
vom 25. März 1839.

Erkannt:

da hinsichtlich des, naturaliter nicht tradirten Schiffes in Betracht kommt, ob die beiden Documente vom 22. Juni 1836 vor der — im März 1837 erfolgten Insolvenzerklärung des Malm an Smith & Comp. übergeben worden seien, sowie ob Smith & Comp. den Malm vor dessen Insolvenzerklärung für die stipulirte Kaufsumme von £ 1200

Digitized by Google

creditirt und ihm solches angezeigt, indem eine bloße Creditirung, ohne Anzeige an den Creditirten, diesem keine Rechte zu geben vermag; im vorliegenden Falle auch unter der Voraussetzung, daß die beiden mehrberegten Documente von dem Malm'schen Agenten Ackermann den Impetranten übergeben worden, eine diesem gemachte Anzeige der Creditirung genügen müßte, daß Kläger den Beweis:

daß ihnen die beiden Documente vom 22. Juni 1836 von dem Malm'schen Agenten Ackermann vor der Insolvenzerklärung des Malm übergeben worden und daß sie vor solchem Zeitpunkte den Malm deshalb für £ 1200 in ihren Büchern wirklich und wahrhaft creditirt und davon dem benannten Agenten Anzeige gemacht,

zu führen schuldig seien,

ratione der Fracht aber, da nach dem, wie nicht bestritten worden, in Gemäßheit Malm'scher Ordre geschriebenen Briefe des Capitain Royter d. d. New-York, den 3. April 1837, sofern sie dem Befehlsträger Wübbe zu Händen gekommen und als reine Fracht anzusehen ist, den Klägern zugesprochen werden muß,

daß zur Ermittelung des Betrages der reinen Fracht der dem Schiffsmakler Wübbe zugekommenen hier fraglichen Frachtgelder vorgängig Commission zu verfügen sei, u. s. w.

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 20. December 1839.
(Auf beiderseitige Appellation.)

Erkannt:

da aus dem Gesammt-Inhalte der von dem Kläger producirten Anlagen, in Verbindung mit dem Umstande, daß Malm die von dem Schiffe, nachdem es erst nach Gothenburg zurückgekehrt war, verdiente Fracht dem Kläger überwiesen hat, als wahrer Sinn des Geschäftes zu entnehmen ist, daß das Schiff als für die Summe von 1200 £ verkauft und tradirt anzusehen sein sollte; da dieses Geschäft und

Digitized by Google

das darin liegende constitutum possessorium jedenfalls mit der Entgegennahme der Documente von Seiten der Kläger aus den Händen des Agenten des Malm, falls dieselbe vor der Insolvenzerklärung des Letzteren geschehen, perfect wurde; da auch die ipso jure compensando geschehene Bezahlung des Kaufpreises, in dem gar nicht bestrittenen Umstande, daß die Käufer damals mehr als die Kaufsumme an den Verkäufer zu fordern hatten, seine Erledigung findet und daher keiner besonderen Nachweisung bedarf;

da ferner, was die Fracht betrifft, die Überweisung derselben durch Malm oder durch den Schiffer, insofern diese nach eingetretener Insolvenz geschehen, oder sich auf erst nach diesem Zeitpunkte verdiente Fracht bezieht, freilich nicht in Betracht kommen würde, die Ansprüche darauf jedoch jedenfalls mit dem Eigenthume des Schiffes auf die Kläger übergehen mußten:

daß das Handelsgerichtliche Erkenntniß a quo vom 25. März dieses Jahres, dahin zu reformiren sei, daß Kläger den Beweis:

daß ihnen die beiden Documente vom 22. Juni 1836 von dem Malm'schen Agenten Ackermann vor der Insolvenzerklärung des Malm übergeben worden,

zu führen schuldig seien.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß
vom 25. November 1841.
(Auf beklagtische Appellation.)

Erkannt:

daß die Formalien der Appellation für gewahrt, Materialien anlangend, das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Hamburg vom 20. December 1839, wie hiermit geschieht, wieder aufzuheben, der Appellat mit den erhobenen Ansprüchen auf das Eigenthum des Schiffes Helena Margaretha und die Frachtgelder desselben, abzuweisen, und der gerichtlich depo-

Digitized by Google

nirte Betrag der letzteren und der Verkaufssumme des Schiffes von zusammen Bco.ℒ 11,649, 4 ß an den Appellanten zu verabfolgen sei.

Die Kosten aller Instanzen werden gegen einander verglichen und aufgehoben.

Entscheidungsgründe.

Der von den Beklagten gemachte Principalantrag geht dahin, die Kläger mit ihren Ansprüchen auf das Eigenthum des Schiffes und die Frachtgelder desselben sofort gänzlich abzuweisen, und diesem Antrage war Statt zu geben, mithin so, wie in dem gegenwärtigen Urtheile geschehen ist, zu erkennen.

Die Parteien sind darüber einverstanden, daß die Sache nicht nach besonderen Bestimmungen des Schwedischen oder Englischen Rechts, sondern lediglich nach dem in Deutschland geltenden gemeinen Rechte zu beurtheilen sei.

Hiedurch nun aber sind die Kläger, soviel

A. ihren Anspruch auf das Eigenthum des Schiffes betrifft, mit demselben aus dem Grunde abzuweisen, weil es nach unserem Rechte an einer gehörigen Tradition fehlt.

Sie stellten nämlich in dieser Hinsicht folgende Behauptungen auf:

1. In dem von Malm ausgefertigten Kaufbriefe und Kaufcontracte vom 22. Junius 1836 sei, zumal in Verbindung mit dem Umstande, daß Malm ihnen die Frachtgelder von der letzten, im October oder November 1836 angetretenen Reise des Schiffes überwiesen habe, ein constitutum possessorium enthalten.

2. Die Tradition des Schiffes sei theils nach der

L. 1. Cod. de donationib. 8. 54.

theils nach einer allgemein-handelsrechtlichen Gewohnheit, die bei dem Verkaufe von auswärts befindlichen Schiffen gelte, und in Ansehung welcher die Kläger sich auf ein Präjudicat des Ober-Appellationsgerichts vom 31. December 1839 in Sa-

Digitized by Google

chen Greve c. Flesner beziehen, durch die Tradition des eben erwähnten Kaufbriefes und Kaufcontractes geschehen.

3. Endlich sei auch eine Tradition des Schiffes durch die vom Capitain Royter am 14. October 1837 nach der Ankunft des Schiffes in Hamburg auf Verlangen des Mandatars der Kläger ausgestellte Erklärung erfolgt.

Diese verschiedenen von den Klägern versuchten Deductionen sind nun aber sämmtlich unhaltbar. Denn soviel die Behauptung ad 1) anlangt, so ist ein constitutum possessorium

a. in den gedachten Urkunden nicht enthalten, da die in denselben vorkommende Erklärung des Malm darin besteht, daß das Schiff hiemit tradirt sein solle, eine solche Erklärung aber nach der

L. 48. D. de acq. vel. am. posses. 41. 2.

nur die Folge hat, daß dadurch dem andern Contrahenten allein die Befugniß ertheilt wird, die Sache einseitig in Besitz zu nehmen, durch welche Besitzergreifung er dann erst das Eigenthum erwirbt;

Savigny, Recht des Besitzes p. 372. (6. Ausg.)

was hier um so mehr Anwendung findet, da Malm zugleich die Kläger zu dieser Besitznahme ausdrücklich ermächtiget hat.

b. Die Überweisung der Frachtgelder an die Kläger würde nur dann erheblich sein, wenn Malm dieselbe aus dem Gesichtspunkte vorgenommen hätte, daß das Schiff nunmehr für Rechnung der Kläger fahre. Indessen in den Briefen des Malm an Royter vom 8. Februar 1837 und des Royter an die Kläger vom 3. April desselben Jahres, auf welche sich die Kläger hiebei allein berufen, ist nicht nur von einer solchen Ansicht des Malm nichts enthalten, sondern in dem ersteren Briefe ist vielmehr gesagt, Royter solle von den Frachtgeldern Rimessen an die Kläger für Rechnung des Malm machen.

Was ferner die Behauptung ad 2) betrifft, so liegt der Fall, von welchem in der L. 1 C. cit. und in dem angeführten Präjudicate die Rede ist, daß der bisherige Eigenthümer einer Sache dem designirten neuen Erwerber der-

Digitized by Google

selben diejenigen Documente tradirt hat, worauf sein, des Veräußerers, Eigenthum an der Sache beruhet, hier gar nicht vor; denn dergleichen ist überall nicht geschehen, sondern den Klägern ist nur der über die jetzige Veräußerung an sie aufgesetzte Kaufbrief und Kaufcontract zugestellt worden. Daß aber etwa auch schon dieses Letztere bei dem Verkaufe von auswärts befindlichen Schiffen zur Übertragung des Eigenthums hinreiche, läßt sich keinesweges als ein allgemeiner Grundsatz des Handelsrechts behaupten, da namentlich das Englische Recht hiezu die Tradition der Documente über das Eigenthum des Verkäufers erfordert.

Abbot treatise of the law relative to merchant ships and seamen, p. 16. (ed. 6. 1840.)

Diejenige Tradition endlich, welche die Kläger aus der ad 3) erwähnten Erklärung des Capitains Royter herleiten wollen, ist rechtlich unwirksam, da theils dieser Vorgang erst nach ausgebrochenem Concurse des Malm stattgefunden hat, wo eine Übertragung des Eigenthums durch Tradition zum Besten eines einzelnen Gläubigers nicht mehr zulässig war, theils der Capitain Royter zu der Ausstellung jener Erklärung von dem Mandatar der Kläger in Altona durch die Verheimlichung des wesentlichen Umstandes, daß Malm inzwischen fallirt hatte, inducirt worden ist, indem aus den Acten hervorgeht, daß der Capitain die fragliche Urkunde auf Verlangen des Mandatars der Kläger, welchem das Fallissement bekannt war, ausgestellt hat, die Kläger selbst aber in der jetzigen Instanz bestimmt angegeben haben, daß Royter solches gethan, ohne etwas von dem Fallissement des Malm zu wissen.

Außerdem konnte nun zwar

4. noch die Frage in Erwägung kommen, ob nicht die Kläger das Eigenthum des Schiffes mittelst des angelegten Arrestes durch Occupation erworben haben, indem ihnen, wie schon angeführt worden, die Befugniß zu einer solchen einseitigen Occupation von Malm in dem Kaufcontracte er-

Digitized by Google

theilt ist. Indessen auch dieses Recht, welches kein dingliches, sondern ein bloßes persönliches Recht aus einem Vertrage war, konnte nach dem Ausbruche des Concurses nicht mehr mit Wirksamkeit realisirt und es konnte dadurch das Eigenthum des Schiffes nicht der Fallitmasse entzogen und auf einen einzelnen Gläubiger zu dessen vorzugsweisen Befriedigung übertragen werden, wenigstens nicht im Wege eines Arrestes, wobei der Gläubiger nicht einseitig handelt, sondern eine Mitwirkung des Richters erforderlich ist, und welcher nach ausgebrochenem Concurse überhaupt nicht weiter stattfinden soll.

Vgl. Neue Falliten-Ordn. Art. 10.

B. Der Anspruch der Kläger auf die Frachtgelder beseitigt sich

1. insoweit, als derselbe darauf gegründet wird, daß die Kläger Eigenthümer des Schiffes und die Frachtgelder ein Accessorium des letzteren seien, durch die Ausführungen unter A.

2. Als einen selbstständigen Anspruch haben die Kläger solchen

a. auf eine persönliche Verpflichtung des Capitains Royter, ihnen die Frachtgelder auszuzahlen, gestützt. Dieser Punkt steht jetzt nicht mehr in Frage, da Royter, wie oben bemerkt worden, rechtskräftig ex lite dimittirt ist.

b. Gegen die Beklagten selbst wollen die Kläger den fraglichen Anspruch darauf gründen, daß Malm in seinem Briefe vom 8. Februar 1837 dem Capitain Royter die Ordre zur Remittirung der Frachtgelder an die Kläger ertheilt, Royter die Letzteren hievon durch sein Schreiben vom 3. April 1837 in Kenntniß gesetzt, und darauf diese Ordre durch seine Erklärung vom 14. October desselben Jahres in Vollzug gesetzt habe, ehe ihm der Ausbruch des Malm'schen Concurses bekannt geworden sei. Allein das dem Royter von Malm ertheilte Mandat war durch den Concurs des Letzteren erloschen, und die Erklärung des Royter vom 14. October ist theils aus diesem Grunde in

Digitized by Google

Beziehung auf die Beklagten ungültig, ohne daß dabei der Umstand, daß der Mandatar damals von der Erlöschung des Mandats noch keine Kenntniß hatte, einen Unterschied macht,

L. 41. D. de rebus credit. 12, 1.
L. 15. § 1. D. qui et a quibus manumissi. 40; 9.
G. L. Böhmer, Rechtsfälle. Bd. 2, p. 255—257.
Gesterding, Irrthümer der Rechtsgelehrten, p. 208, 209.

theils wegen der oben unter A, 3, gedachten Induction unwirksam.

19.

Dr. August Sutor mand. nom. **Claus Hinrich Timken** uxor. nom. **Wilhelmine Dorothea Elisabeth**, geborner **Kühsel**, Implorant, gegen **Anna Sophia Lucia**, verwittwete **Kühsel**, geborene **Kelterborn**, cum. cur. Imploratin.

Richterliche Verfügungen in dringlichen Sachen auf einseitiges Anrufen. Niedergerichts-Competenz. Unter besonders dringlichen Umständen ist die summarische Anordnung provisorischer Sicherheitsmaaßregeln — z. B., wie in dem entschiedenen Falle, einer Erbschafts-Inventarisirung — neben und selbst vor der Verhandlung über die Hauptsache, schon nach gemeinem Prozeßrechte für statthaft zu halten. Selbst die Versagung des Suspensiv-Effectes ist unter Umständen zu rechtfertigen.

— — Das summarische Verfahren muß sich indessen auch bei Verfügungen der vorbemerkten Art an die regelmäßigen gesetzlich oder herkömmlich eingeführten Formen des gerichtlichen Prozesses anschließen.

— — Demzufolge wurde in dem entschiedenen Falle ein Decret des Niedergerichtes, welches einem außerhalb der Audienz gestellten Antrage des Imploranten, die Imploratin zur Errichtung eines Inventars unter dem Präjudiz zu verpflichten, daß der Implo-

Digitized by Google

rant seinerseits mit Inventarisirung verfahren dürfe, als der hergebrachten und feststehenden Form des niedergerichtlichen Verfahrens zuwider laufend, für nichtig erklärt.

— Präsidial-Verfügungen. Verschiedenheit der Präsidial-Verfügungen im Niedergerichte von denjenigen im Handelsgerichte. Gegen jene ist Berufung an das Obergericht, gegen diese an das Collegium des Handelsgerichtes zu ergreifen.

Arrest-Verfahren. Kosten der höheren Instanzen. Der Arrest-Impetrant nimmt bei der Nachsuchung des Arrestes eine gewissermaaßen generelle Verantwortlichkeit auf sich. Daraus ergiebt es sich, daß er auch in Betreff der Kosten strenger zu beurtheilen ist, als eine sonstige Partei, und mithin im Falle des Unterliegens die Appellationskosten auch da zu tragen hat, wo sie unter gewöhnlichen Umständen compensirt worden sein würden.

Niedergerichtliches Decret
vom 12. Februar 1841.

Erkannt:

daß, in Gemäßheit Art. 10. tit. 3. P. III. Stat. die Wittwe des Johann Franz Gottlieb Kühsel, Anna Sophia Lucia, geborne Kelterborn, schuldig sei, — sofern Solches nicht bereits von ihr geschehen sein sollte, — sofort nach Insinuation dieser Verfügung ein notarielles Inventarium über das von ihrem verstorbenen Ehemanne nachgelassene Vermögen aufnehmen zu lassen, und daß im Weigerungsfalle Dr. August Sutor in Vollmacht des E. H. Timken zu befugen sei, die Aufnehmung eines solchen Inventars durch von ihm zu requirirende Notarien zu veranstalten; wobei ihm, für den Fall daß die Wittwe Kühsel sich der Ausführung einer solchen Maßregel widersetzen würde, die Nachsuchung polizeilicher Hülfe überlassen bleibt.

Übrigens wird die Wittwe Kühsel an ihre dem E. H. Timken schuldige Rechenschaft und eventuelle persönliche Verantwortlichkeit wegen aller nach der Inventur von ihr etwa vorzunehmenden Verringerungen oder Veräußerungen aus dem Nachlasse hiedurch erinnert.

Digitized by Google

Obergerichtliches Decret
vom 14. Juni 1841.
(Auf imploratische Supplication.)

Erkannt:

da ein Verfahren, gleich dem vorliegenden, worin nicht von einem Befehl, den ordnungsmäßig der Präses des Gerichts in den für seine specielle Cognition geeigneten Fällen zu erlassen hat, die Rede ist, sondern worin auf einseitigen Antrag einer Partei, ohne die Gegenpartei zu hören, vom Gerichte durch Decretur die Aufnahme eines Inventars verfügt wird, schon an und für sich nach Maaßgabe der bestehenden Justiz-Verordnungen und der Praxis nicht begründet ist;

da noch weniger die Aufnahme des Inventars, anstatt sie dem Betheiligten unter einem angemessenen Präjudiz zu injungiren, dem Gegner selbst, unter eventueller Anwendung von Zwangsmaaßregeln verstattet werden darf, da überdieß, soweit die Acten darüber Auskunft geben, im vorliegenden Falle, auch abgesehen von der Frage, ob die Verpflichtung zur Aufnahme eines Inventars, nach dem Sachverhältniß, zur gehörigen Liquidität gebracht war, gewiß das augenblickliche Einschreiten deshalb um so weniger motivirt war, als seit der Wiederverheirathung des Erblassers Kühsel schon eine Reihe von Jahren, und selbst seit seinem Tode eine geraume Zeit, ohne Anregung dieser Angelegenheit von Seiten der impetrantischen Partei, verflossen war, so daß gerade jetzt ein besonderes periculum in mora anzunehmen, kein Grund gefunden werden konnte;

daß das vom Niedergerichte auf Ansuchen des mand. nom. Impetranten eingeleitete Inventur-Verfahren für rechtsbeständig nicht zu achten, vielmehr bis zu der am 1. März dieses Jahres nach vorgängiger Citation eingereichten Klage wieder aufzuheben; impetrantischer Mandant zu verpflichten, der Impetratin, die dadurch ihr verursachten Kosten dieser Instanz, moderatione

Digitized by Google

salva, zu erstatten, hinsichtlich der Gültigkeit des Inventars an und für sich aber, den Parteien quaevis competentia zu reserviren seien.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß
vom 31. December 1841.
(Auf implorantische Appellation.)

Erkannt:

daß das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Hamburg vom 14. Juni dieses Jahres, unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten dieser Instanz, lediglich zu bestätigen sei.

Entscheidungsgründe.

Die Verwerflichkeit der Beschwerde des Appellanten in materieller Hinsicht ergiebt sich aus folgenden Gründen:

Zuvörderst kann es hier ganz dahin gestellt bleiben, ob die individuelle Competenz des Herrn Präses des Niedergerichts auch auf die Anordnung eines Inventars, als präparatorische Sicherheitsmaaßregel für einen bevorstehenden Erbschaftsprozeß, hätte erstreckt werden können, weil eine solche Präsidialverfügung hier offenbar nicht vorliegt, vielmehr das Niedergericht als solches decretirt hat. Denn daß nach der Verfassung des Niedergerichts die dem Präses speciell vorbehaltenen Verfügungen, obwohl sie im Namen des Gerichts zu erlassen sind, dennoch nicht der Ansicht des ganzen Collegiums untergeordnet sein sollen, das ergiebt sich aus dem Art. 15 der zweiten Verordnung vom 29. December 1815, nach welchem gegen einen vom Präses ausgegangenen Abschlag der Citation nicht an das Niedergericht, sondern an das Obergericht zu suppliciren ist, während bei dem Handelsgerichte in dem ähnlichen Falle eines vom Präses abgeschlagenen Arrestes an dieses selbst supplicirt werden muß.

Art. 22 der Hand.-Ger.-Ordn.

Digitized by Google

Demnach kann denn auch darauf nichts ankommen, daß der niedergerichtlichen Präsidialverfügung möglicherweise eine Besprechung mit den übrigen Gerichtsmitgliedern hätte vorhergehen können, weil solche Berathungen sich doch immer von förmlichen collegialischen Abstimmungen, bei welchen die Ansicht des Präses sich der Majorität unterordnen muß, wesentlich unterscheiden würden.

Eben so wenig kann aber auch darauf etwas ankommen, daß unter besonderen dringlichen Verhältnissen die summarische Anordnung provisorischer Sicherheitsmaaßregeln, also namentlich auch einer Erbschafts-Inventarisirung, neben und selbst vor der Verhandlung über die Hauptsache schon nach gemeinem Prozeßrechte bei jedem Gerichte für statthaft zu halten ist;

Gönner, Handbuch des Prozesses. Th. IV. Abth. 79. S. 291 u. f. bes. S. 366.

Martin, Lehrbuch des Prozesses. § 313. Not. c. d.

wie denn in solchen Fällen selbst die Verweigerung des Suspensiv-Effectes bei eingewandter Appellation sich gemeinrechtlich wohl rechtfertigen läßt.

Martin a. a. O. § 276. Not. t. u.
vgl. Art. 35 der Handels-Ger.-Ordnung.

Denn auch das summarische Verfahren muß sich einigermaaßen an die regelmäßigen, gesetzlich oder herkömmlich eingeführten Formen des gerichtlichen Prozesses anschließen, und gerade gegen die Verletzung dieser Formen sind die in voriger Instanz angebrachten Beschwerden gerichtet gewesen. Demnach bleibt also die eigentlich zu entscheidende Frage lediglich die:

ob es nach der bei dem Hamburgischen Niedergerichte eingeführten Form des Verfahrens statthaft war, den Antrag des Klägers auf sofortige Inventarisirung der streitigen Erbschaft außerhalb der Audienz anzunehmen, und demselben sofort durch ein schriftliches, nicht förmlich publicirtes Decret zu deferiren?

Digitized by Google

Und diese Frage läßt sich allerdings nicht bejahen. Denn daß die hergebrachte und feststehende Form des niedergerichtlichen Verfahrens wesentlich eine Verhandlung in offener Audienz und eine Publication der Bescheide erfordert, das ist ausgemacht und unbestritten; die besonderen Ausnahmen aber, welche neben diesem regelmäßigen Verfahren vorkommen sollen, beziehen sich theils nicht auf die vom Gerichte selbst ausgehenden Verfügungen, theils beruhen sie auf einem ganz speciellen, keiner Ausdehnung fähigen neueren Gesetze. Denn die Arreste und die Zahlungsbefehle in Advocatursachen gehören zu der obgedachten singulairen Competenz des Gerichtspräses; und auch die Bauverbote, sofern sie nicht in der gerichtlichen Audienz beantragt werden, pflegen nur von dem Präses des Gerichts erlassen zu werden, wie solches dem Ober-Appellationsgerichte aus zwei früheren Sachen

Nöhring executat. testam. v. J. 1827 und
Amsinck c. Tiefenbacher v. dems. J.

bekannt ist. Das Verfahren in Expropriationssachen aber ist durch die desfallsige Verordnung vom 20. December 1839, § 17, ausdrücklich für ein von dem gewöhnlichen niedergerichtlichen Verfahren verschiedenes erklärt worden, worin also zugleich eine neue gesetzliche Anerkennung der bisherigen regelmäßigen Procedur enthalten ist. Das bloße Bedürfniß eines schnelleren Verfahrens endlich kann, zumal wenn dabei keine anderen thatsächlichen Verhältnisse eintreten, als wie sie bisher schon eben so häufig und regelmäßig vorkommen konnten, zu einem plötzlichen Aufgeben der hergebrachten Grundformen des prozessualischen Verfahrens nicht berechtigen, weil den Parteien nicht zuzumuthen ist, sich in diesem Punkte den oft sehr individuellen Überzeugungen des Richters zu unterwerfen. In dem hier vorliegenden Falle aber kam noch hinzu, daß durch die Abweichung von der bisherigen Ordnung zugleich den Beklagten das rechtliche Gehör ganz abgeschnitten wurde, was bei dem Verfahren in der Audienz gar nicht möglich gewesen wäre, wie es

Digitized by Google

denn überhaupt auch im summarischen Verfahren nicht leicht ganz zu entziehen sein wird.

Daß übrigens diejenigen Fälle, in welchen öffentliche Behörden, wie das Zehnten-Amt oder die Vormundschafts-Deputation, die Inventarisirung einer Erbschaft veranstalten können, von dem vorliegenden Falle in allen Punkten verschieden sind, bedarf keiner näheren Ausführung.

Unter diesen Umständen war denn die Beklagte zwar nicht zu der von ihr erhobenen einfachen Beschwerde wegen eines angeblichen excessus in officio berechtigt, da das von ihr angefochtene Verfahren doch immer noch den Character einer prozessualischem Verhandlung behalten hat; wohl aber konnte sie, wie solches gleichfalls geschehen ist, mittelst einer Richtigkeitsklage die rechtliche Gültigkeit dieser Procedur anfechten; worauf dann in höherer Instanz die Wiederaufhebung derselben erfolgen mußte. Übrigens hat der Kläger auch in materieller Hinsicht keinen Grund, sich über diese Wiederaufhebung zu beschweren, da die concreten Umstände des Falles, so weit er solche vorgetragen, nicht hinreichen konnten, um die Dringlichkeit einer außerordentlichen, den unbedingten Mandaten gleichzuachtenden Verfügung zu bescheinigen.

In Ansehung des Kostenpunktes genügt es zu bemerken, daß schon die von dem Kläger selber geltend gemachte Analogie des Arrestverfahrens, bei welchem der Impetrant auch für die Kosten der höheren Instanzen eine gewisse generelle Verantwortlichkeit auf sich nimmt, dafür entscheiden mußte, ihm in die Kosten zweiter Instanz zu verurtheilen; wonach dann eine gleiche Verurtheilung in die Kosten dieser dritten Instanz, bei dem jetzt ergehenden confirmatorischen Erkenntnisse, um so unbedenklicher auszusprechen war.

Digitized by Google

20.

E. Ferber cess. nom. **Fehr & Kortmann**, Kläger, gegen **Heuß & Menke**, Beklagte.

Mercantilischer Empfang. Besondere Zusagen. Actio quanti minoris. Rechtsfall. F. & K. committirten durch H. & M. eine Partei Manufaetur-Waaren unter der Zusage der Letzteren, daß bei deren Fabrication eine gewisse, für die Haltbarkeit der Waare wichtige Maaßregel angewendet werden müsse. — Die Lieferung geschah. Eine Prüfung der Waare in Betreff der erwähnten Zusage fand nicht Statt; konnte auch der nicht zu verändernden Original-Packung halber nicht wohl Statt finden. — F. & K. verkauften die Waare weiter an E. F., welcher sie nach Mazatlan verschiffte. Der dortige Abnehmer des Letzteren fand bei der Untersuchung der Waare, daß sie wegen Nicht-Anwendung der vorhin angedeuteten Maaßregel schlecht sei, und ließ sie zur Disposition des Absenders, E. F. — Dieser nahm seine Verkäufer F. & K. wegen des Interesses gerichtlich in Anspruch. Zwischen denselben wurde in einer Vergleichs-Commission ein Abkommen dahin getroffen, daß F. & K. dem E. F. jura cessa gegen H. & M. ertheilten. — E. F. klagte nun cessionario nomine F. & K. gegen H. & M., welche, außer der Bestreitung des factischen Grundes der Klage, im Wesentlichen opponirten, 1. Verjährung der actio quanti minoris. 2. Einrede des verlorenen Regresses, weil die Waare in die Hände weiterer und entfernter Käufer übergegangen und eine Untersuchung derselben nicht mehr möglich, weil auch den Beklagten das Wahlrecht in Betreff der Redhibition entzogen sei. 3. Einrede des mercantilischen Empfanges. 4. Einrede des fehlenden Klagegrundes, insofern die Cedenten des Klägers, F. & K., keinen Schaden erlitten hätten, und erlitten haben könnten, indem sie an E. F. ohne Gewährleistung verkauft hätten, also dessen Schadensreclamation völlig zurückzuweisen berechtigt gewesen seien.

— — Bei der Bestimmung des Art. 17, Stat. II. 8., welcher den Käufer, abgesehen von ihm gemachten besonderen Zusagen, mit Einwendungen gegen die Qualität einer gekauften und empfangenen Waare ausschließt, ist vorausgesetzt, daß eine Prüfung der Waare hätte Statt finden können.

Digitized by Google

— — Eine Verpflichtung des Käufers zur Untersuchung der ihm gelieferten Waare besteht jedenfalls dann nicht, wenn der Verkäufer ihm wegen der Qualität Gewährleistung zugesagt hat.

— — Der Übergang der Waare in fernere Hände schließt die Reclamation wegen mangelhafter Qualität nicht aus.*)

— — Das Recht des Verkäufers, statt Vergütung auf den empfangenen Preis zu leisten, Redhibition eintreten zu lassen, erledigt sich, wenn der Käufer sich des gekauften Gegenstandes bona fide entäußert hat und denselben wieder herbeizuschaffen außer Stande ist.

— — (Bei der actio quanti minoris kommt nur Dasjenige in Betracht, was der Käufer weniger gezahlt haben würde, wenn er die Fehler gekannt hätte, nicht der weitere indirecte Schaden. — Anders, wo ein dictum & promissum vorliegt.)

— — Der in dem Commissions-Vergleiche ausgesprochene Verzicht E. F.'s auf alle gegen die Cedenten F. & K. geltend zu machenden Ansprüche übte keinen Einfluß auf die Rechtsverfolgung des Cessionars gegen die debitores cessos aus. (Jener Verzicht geschah gegen Ertheilung von juribus cessis.)

— — Der der actio redh. gesetzte sechsmonatliche und der actio quanti minoris gesetzte zwölfmonatliche Zeitraum ist ein tempus utile. (Die Klage ex dicto & promisso unterliegt selbstverständlich der gewöhnlichen Verjährungszeit.)

— — Die Einrede des fehlenden Klagegrundes, weil F. & K. selbst mit Erfolg nicht hätten in Anspruch genommen werden, sie mithin Nichts hätten cediren können, wurde freilich insofern für statthaft erachtet, als ob es auf ein F. & K.'sches Interesse ankömme. Ein solches wurde indessen factisch angenommen, weil F. & K. berechtigt gewesen seien, ihrerseits Garantie zu leisten. Außerdem wegen der Natur der in Rede stehenden Waare.

Erklärungen der Parteien in Vergleichs-Commissionen sollen nach der Vorschrift des hamburgischen Particular-Rechtes bei Fällung des Urtheils nicht berücksichtigt werden.

Handelsgerichtliches Erkenntniß
vom 1. Juni 1840.

Erkannt:

da die klägerischen Cedenten Fehr & Kortmann, welche die fragliche Waare von den Beklagten Heuß & Menke

*) Vgl. (spätere Sammlung) Bd. I. S. 341 ff u. 1095 ff.

Digitized by Google

gekauft und an den klägerischen Cessionar E. Ferber wiederum verkauft haben, demselben, gegen den sie eine Garantie nicht übernommen, nicht schadenersatzpflichtig waren, und also die von ihnen geschehene Ertheilung von juribus cessis aus der, angeblich ihnen von Heuß & Menke geleisteten Garantie ohne Bedeutung ist,

daß cessionario nomine Kläger, unter Verurtheilung in die Kosten des Prozesses mit seiner angestellten Klage abzuweisen sei.

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 13. November 1840.
(Auf klägerische Appellation.)

Erkannt:

da die Voraussetzung, auf deren Grundlage das Handelsgericht zu der Entbindung der Beklagten sich veranlaßt gesehen, daß nämlich Fehr & Kortmann, der quästionirten Waaren wegen, keine Garantie gegen den cessionario nom. Kläger übernommen, abgesehen davon, daß dieselbe bis jetzt unerwiesen ist, der Gültigkeit der Cession nicht obstirt,

daß das Handelsgerichtliche Erkenntniß a quo, vom 1. Juni 1840, unter Compensation der Kosten der Appellations-Instanz, wiederum aufzuheben sei.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß
vom 31. December 1841.
(Auf beklagtische Appellation.)

Erkannt:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, Materialien anlangend aber, das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Hamburg vom 13. November 1840, unter Vergleichung der Kosten der gegenwärtigen Instanz, zu bestätigen sei; und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Handelsgericht zurückverwiesen.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

Die von dem Handelsgerichte verfügte sofortige Entbindung der Beklagten von der wider sie abseiten des cess. nom. Klägers erhobenen Klage könnte nur dann wieder hergestellt werden, wenn es schon jetzt in aller Hinsicht klar und ausgemacht wäre, daß entweder die Cession an und für sich ungültig und ohne Wirkung sei, oder daß die Klage jedenfalls wegen der selbiger opponirten Einreden verworfen werden müsse. Beides ist aber keineswegs der Fall, und mußte daher vielmehr das angefochtene Obergerichts-Erkenntniß bestätigt werden.

Was nämlich zuvörderst

I. die Gültigkeit der Cession an sich anbetrifft, so läßt sich diese in der That nicht bezweifeln.

Denn wenn die Beklagten wirklich eine solche Garantie gegen Fehr & Kortmann übernommen haben, wie in den producirten Briefen von J. B. Fehr verlangt worden ist, und wenn sich die von ihnen in Folge der Bestellung von Fehr & Kortmann gelieferte Waare — wie einstweilen vorauszusetzen ist — wirklich in dem in der Klage geschilderten schlechten und bestellungswidrigen Zustande befunden hat, so sind sie den klägerischen Cedenten unstreitig zur Leistung des id quod interest, oder zur Vergütung des Minderwerths verbunden, und das ihnen auf solche Leistungen zustehende Forderungsrecht konnten Fehr & Kortmann unbedenklich dem Kläger cediren.

Es kommt also nur an auf die Einwendungen, vermöge welcher die Beklagten nichts destoweniger glauben den Rechtsbestand der Cession bestreiten zu können.

Dieser Einwendungen sind aber drei opponirt:

1. Da Fehr & Kortmann die bestellte Waare empfangen und bezahlt hätten, ohne die mangelhafte Qualität derselben zu rügen, so sei damit die Sache unter ihnen und den Beklagten abgemacht und die Garantie erloschen.

2. Diese Garantie habe sich auf keinen Fall über die erste Hand hinaus erstreckt; wenn daher auch Fehr & Kort-

Digitized by Google

mann vielleicht einen Anspruch aus derselben hätten formiren können, so sei doch davon keine Rede mehr, nachdem die Waare in die dritte und vierte Hand übergegangen sei.

3. Fehr & Kortmann hätten jedenfalls nur Schadens-Ansprüche cediren können; dies setze aber voraus, daß sie selbst Schaden müßten erlitten haben, was jedoch nicht der Fall sei, weil sie von dem Käufer ihrer Waare zum Vollen bezahlt worden seien, und einen Regreß nicht zu fürchten hätten, indem sie theils keine Garantie gegen den cess. nom. Kläger geleistet hätten, theils sogar durch den mit diesem geschlossenen Vergleich gegen alle Regreß-Ansprüche sicher gestellt seien.

Allein

ad 1. Empfang und Bezahlung der Waare könnten nur dann des Regreß-Anspruches ohne Weiteres verlustig machen, wenn auch ein vorheriges Besehen derselben stattgefunden hätte, indem das Hamburgische Statut

Th. II. Tit. 8. Art. 17.

Beides, das Empfangen und das Besehen der Waare, copulativ erfordert, um den Käufer aller weiteren Monitur gegen die Qualität derselben verlustig zu erklären,

Cropp in den Jurist. Abh. Th. I. No. 11. § V. p. 174.

und es ist kein Grund vorhanden, das Bezahlen des Kaufpreises dem Besehen der Waare gleich zu achten. Nun ist aber nicht einmal behauptet, daß Fehr & Kortmann die Waare auch beim Empfange besehen hätten. Aber auch von einer Verpflichtung, die Waare vor dem Empfange zu besehen — wenn man solche dem Käufer ohne besondere Vorworte überhaupt zur Pflicht machen wollte — hätte wenigstens bei jenen Käufern, auch abgesehen von der besonderen Qualität und der dazu gehörigen Verpackung der hier in Frage stehenden Waare, welche eine genaue Durchsicht und Untersuchung der inneren Beschaffenheit jedes einzelnen Stückes nicht gestattete, nicht die Rede sein können, da sie sich eben die erwähnte Garantie hatten leisten lassen,

Digitized by Google

welche sie wohl veranlassen konnte, den Verkäufern das Vertrauen zu schenken, daß dieselben ihnen nur empfangbare und untadelhafte Waare würden geliefert haben.

Aber auch

ad 2. der Übergang der Waare in die dritte und vierte Hand kann, wenigstens unter den näheren Umständen des vorliegenden Falles, den Verlust des Regreß-Anspruchs nicht zur Folge haben, da Fehr & Kortmann die Beklagten, der obigen Voraussetzung zufolge, namentlich auch bei Export-Sendungen dafür verantwortlich gemacht haben, „daß die Farben durch das Lagern dem Tuche nicht schaden und dasselbe durchfressen." Daß dabei vorzugsweise an Versendungen nach Amerika gedacht worden sei, wird von den Beklagten nicht bestritten. Zu einer Beschränkung der Garantie aber auf den Fall einer directen Versendung der Waare von Seiten der Käufer nach Amerika, oder des Lagerns derselben auf deren überseeischen Lägern, geben die Worte keinen Anlaß.

Anlangend endlich

ad 3. den aus den Verhältnissen der Cedenten zum Cessionar entnommenen Einwand, so ist es noch gar nicht ausgemacht, daß Fehr & Kortmann nicht in der Lage gewesen seien, einen Schadensersatz leisten zu müssen. Die Beklagten bezweifeln dies aus zwei Gründen.

a. weil der cess. nom. Kläger sich mittelst des Commissions-Vergleichs vom 3. April 1840 in Sachen des Klägers wider Fehr & Kortmann aller Ansprüche an dieselben, sogar unter Kostenersatz begeben habe, und

b. weil sie selbst keine Garantie hinsichtlich der Güte der Waare gegen den Kläger übernommen gehabt hätten, ohne eine solche Garantie aber, unter allen vorkommenden Umständen, von einer Verpflichtung zum Schadenersatze keine Rede sein könne. Nun enthält aber

ad a. der Commissions-Vergleich durchaus keine Anerkennung des Klägers, daß ihm kein Anspruch gegen Fehr & Kortmann zugestanden habe, und nicht einmal ein Auf-

Digitized by Google

geben deſſelben ohne Gegenleiſtung, ſondern der Kläger hat ihn nur gegen die ihm ertheilten jura cessa fallen laſſen, und mithin, nach dem wahren Sinne der Übereinkunft, nur darein gewilligt, den Anſpruch, den er zunächſt gegen Fehr & Kortmann geltend machen müßte, und den dieſe nachher weiter gegen die Beklagten zu verfolgen gehabt hätten, cessis actionibus gleich gegen dieſe zu verfolgen, was nach Analogie der

L. 59. D. de evictionibus. (21. 2.)

allerdings als ſtatthaft erſcheint. Was ſodann

ad b. den Mangel einer von Fehr & Kortmann gegen den Kläger geleiſteten Garantie anbetrifft, ſo hat zuvörderſt ſchon das Obergericht mit Recht bemerkt, daß es noch keineswegs erwieſen ſei, daß eine ſolche nicht geleiſtet worden, und der Kläger hat in der gegenwärtigen Inſtanz vielmehr ganz ſpeciell behauptet, daß ihm wirklich von Fehr & Kortmann beim Abſchluſſe des Handels die Verſicherung ertheilt worden, daß die Waare haltbar und in der Färbung auf das Sorgfältigſte behandelt ſei, worin allerdings die Zuſicherung einer beſtimmten und zwar gerade der hier in Frage ſtehenden Qualität der Waare liegt.

arg. L. 31. D. de evictionibus. (21. 2.)

Thöl, Handelsrecht. Th. I. § 83. not. 9.

Die Beklagten berufen ſich freilich dagegen auf eine dem Handelsgerichte amtlich beiwohnende Wiſſenſchaft, daß keine Garantie geleiſtet ſei. Allein die von ihnen angegebene Quelle dieſer ſo genannten amtlichen Wiſſenſchaft iſt durchaus ungenügend. Sie könnte ſich nur auf Äußerungen gründen, welche bei den Verhandlungen im Vergleichs-Termine vorgekommen ſein mögten. Nun darf aber nach hamburgiſchem Rechte auf Dasjenige, was von den Parteien im Termine des Güteverſuchs vorgetragen worden iſt, bei Fällung des Urtheils gar keine Rückſicht genommen werden.

Stat. I. 1. 12.

Digitized by Google

Gerichts-Ordnung vom Jahre 1632. § 15. und vom Jahre 1645. § 39. (Anderson's Priv. R. Th. III. p. 37 und 50.)

Gesetzt aber auch, es wäre dem Kläger keine Garantie von Fehr & Kortmann geleistet, so ließe sich dennoch zur Zeit keineswegs behaupten, daß sie demselben unter keinen Umständen schadensersatzpflichtig seien, indem, von anderen Gründen abgesehen, der Kläger sich schon in der Replik ganz speciell auf eine bei dem Verkaufe solcher Manufactur-Waaren, wie sie hier in Frage sind, namentlich wenn sie zum Export verkauft werden, bestehende Usance berufen hat, der zufolge der Verkäufer immer die Haltbarkeit der Waare, auch wenn dies nicht ausdrücklich ausbedungen worden sei, garantiren müsse, deren in der vorigen Instanz ausdrücklich anerbotenen Beweis dem Kläger auf keinen Fall abgeschlagen werden könnte, da sich die Relevanz desselben, welche auch in einem ähnlichen Falle, den Verkauf von Seidenwaaren betreffend, von dem Handelsgerichte anerkannt worden ist,

S. Hamburgische Monatsschrift für Politik und Handel. 1835. Heft 4. S. 65 und f.

nicht bezweifeln läßt.

II. Außer den bisher erörterten Einwendungen gegen die Statthaftigkeit der Klage an sich, haben die Beklagten derselben überdies noch folgende Einreden entgegengesetzt.

1. der Verjährung, weil die angestellte actio quanti minoris, je nach den Umständen, in einem Jahre oder sechs Monaten erlösche, beide Zeiträume aber zur Zeit der angestellten Klage längst verflossen gewesen seien;

2. des verlorenen Regresses, weil den Beklagten bei gänzlicher Entwerthung des Gegenstandes, die Wahl zustehe, der Entschädigung durch Redhibition auszuweichen, im vorliegenden Falle aber solche Redhibition durch die jenseitigen Proceduren unmöglich gemacht sei; und

Digitized by Google

3. der Pluspetition, indem bei der actio quanti minoris nur Dasjenige in Betracht komme, was der Käufer weniger gezahlt haben würde, wenn er die Fehler gekannt hätte, nicht auch der weitere indirecte Schaden.

Nun ist aber

ad 1. die der actio quanti minoris bestimmte Zeit. — wenn die angestellte Klage überhaupt unter diese Kategorie zu begreifen ist — ein tempus utile,

l. 19. § 6. D. de aedil. edicto. (21. 1.)

und da die Beklagten selber einräumen, daß mindestens die doppelte Zeit der Seereise nach Mazatlan — für die Versendung der Waare dorthin und für die Überbringung der Kunde von der Beschaffenheit derselben von dort nach Europa — nicht mit in computum kommen würde, über die Dauer dieser Reisen aber zur Zeit nichts aus den Acten erhellt, so ist es von selbst klar, daß diese Einrede unter keinen Umständen schon jetzt zur sofortigen Abweisung der Klage führen kann.

Es ist ferner

ad 2. die Einrede des verlorenen Regresses schon deshalb ganz verwerflich, weil in dem Falle, wo der Käufer sich des gekauften Gegenstandes bona fide wieder entäußert hat und denselben wieder zu schaffen nicht im Stande ist, — wie dies nach allen Umständen hier angenommen werden muß, — von einer Redhibition überall keine Rede sein kann.

Anlangend endlich

ad 3. die Einrede der Pluspetition, so ist es, welche Klage man auch als angestellt annehmen mag, wieder von selbst einleuchtend, daß auch diese eben so wenig den Antrag auf Wiederherstellung des Handelsgerichts-Erkenntnisses, mithin auch sofortige Entbindung, zu begründen vermag.

Digitized by Google

Digitized by Google

Erkenntnisse und Entscheidungsgründe aus dem Jahre 1840.

Digitized by Google

Digitized by Google

21.

D. H. Wieghorst, Kläger, gegen **Daniel Otto von Ahn**, Beklagten.

Servitus itineris. Die Berechtigung des Eigenthümers des praedii dominantis, über das praedium serviens zu gehen, schließt die Befugniß ein, Gegenstände darüber zu tragen.

— Der Umfang, in welchem diese Befugniß ausgeübt werden darf, ist den Umständen nach, erforderlichen Falles durch das richterliche Ermessen zu bestimmen.

— Im concreten Falle wurde die Grenze dahin bestimmt, daß der Berechtigte die für seinen Haus- oder Geschäftsbedarf bestimmten Gegenstände über das praedium serviens tragen, sie aber auf selbigem auch nicht einmal temporair lagern lassen dürfe.

Aus den Entscheidungsgründen zum Ober-Appellationsgerichtlichen Erkenntnisse vom 19. März 1840.

Es kommt darauf an, welche Bedeutung den Worten des Contractes vom 5. Mai 1827 beizulegen ist, daß dem jeweiligen Besitzer des klägerischen Grundstückes verstattet sei,

> „von der gemeinschaftlichen Treppe bis an die Elbe mit den Seinigen, erfordernder Nothdurft nach, zu gehen,"

ob, wie der Kläger geltend macht, hier nur vom Gehen allein, unter Ausschlusses des Tragens von Sachen, geredet werde.

Nun liegt aber in dem Worte „gehen," seiner gewöhnlichen Bedeutung nach, keinesweges das Merkmal, daß der Gehende los, mit nichts beschwert gehen müsse, daher dar-

Digitized by Google

aus nicht etwa eine Unstatthaftigkeit des Lastentragens, sondern nur so viel folgt, daß er sich dazu nicht etwa einer Karre, oder anderen Fuhrwerks bedienen darf.

Zudem findet sich im Römischen Rechte bei der servitus itineris, welche ebenfalls in dem Rechte über einen gewissen Weg zu gehen besteht, die Bestimmung,

l. 7. pr. D. de servit. praed. rust. 8. 3.

daß der Berechtigte auch sich über den Weg in einer Sänfte tragen lassen dürfe; welche Stelle ohne Bedenken eine analoge Anwendung auf den vorliegenden Fall leidet.

Vgl. überhaupt Gensler im Archiv für die civil. Praxis. Bd. IV. p. 248 und 261.

Wenn sich der Beklagte noch dadurch für beschwert erachtet, daß in dem obergerichtlichen Erkenntnisse die Gegenstände, deren Transport erlaubt worden, zu unbestimmt gelassen seien, verbis: „die sich auf seinen, des Klägers, Haus- oder Geschäftsbedarf beziehen," so ist ihm hierin nicht beizupflichten.

Es liegt nämlich in der Natur der Sache, daß eine vollständige Benennung der Gegenstände unthunlich ist, und daß man dabei stehen bleiben muß, gewisse bestimmte Merkmale und Unterscheidungen anzugeben. In dieser Hinsicht hat das obergerichtliche Erkenntniß genug gethan, wenn es, der wahren Absicht des Contractes gemäß, aussprach, einmal: daß die Gerechtigkeit auf den Kläger und die Seinigen beschränkt sei, und zweitens, daß die zu transportirenden Gegenstände nicht ganz dem Belieben des Klägers anheimfallen sollten, sondern solche, welche sich auf seinen Haus- oder Geschäftsbedarf beziehen, sein müßten. Völlig erschöpfende, keinen Zweifel übrig lassende Bestimmungen, und selbst im Voraus für Fälle, die vielleicht nicht eintreten dürften, zu treffen, würde unthunlich sein; vielmehr muß, wenn noch Zweifel darüber, ob dies oder jenes zum Geschäftsbedarf des Klägers zu rechnen sei, eintreten, und die Parteien sich nicht vereinigen sollten, die Entscheidung dem richterlichen Ermessen, nach Maaßgabe der Umstände

Digitized by Google

und unter Beachtung der allgemeinen rechtlichen Grundsätze von der bei Ausübung von Servituten auf das Interesse beider Theile zu nehmenden Rücksicht der Billigkeit, überlassen bleiben. Dabei kann es hier keinen Zweifel leiden, daß der Kläger bei dem Transport der zu Wasser angebrachten, ihm erlaubten Gegenstände sich so einrichten müsse, daß keine Lagerung derselben, selbst nicht eine temporaire, nöthig werde.

22.

Johann Hinrich Siemers, Kläger, gegen **P. Catterinuſſi**, Beklagten.

Baurecht. Chikaneuſes Verbauen. Das im Hamb. Statute Art. 8, II. 20 ausgesprochene Verbot, dem Nachbarn nicht aus bloßer Chikane Fenster u. dgl. zu verbauen, findet nicht allein da Anwendung, wo eine absolute Nutzlosigkeit der Anlage für den Errichtenden vorliegt, sondern schon da, wo ein überwiegender Schaden des Nachbarn bei sehr geringem Vortheile des Bauenden anzunehmen ist.

— Der Beweis des dolus kann auf künstliche Weise durch Folgerungen aus den Umständen geführt werden. Auch da, wo es auf den Beweis einer Chikane des andern Theils ankommt, ist der Beweisführer keinesweges auf Eideszuschiebung beschränkt.

— Auch das Gutachten Sachverständiger kann für Fälle der betreffenden Art von Bedeutung sein.

— Ein erhebliches Moment für die Annahme einer chikaneusen Absicht ist es, wenn der Erbauende keine beachtungswerthe Beweggründe anzugeben vermag.

Aus den Entscheidungsgründen zum Ober-Appellationsgerichtlichen Erkenntnisse vom 28. März 1840.

Der Appellant hat theils die Zulässigkeit, theils die Erheblichkeit der vom Beklagten versuchten Beweisführung durch Sachverständige bestreiten wollen. Was aber

Digitized by Google

I. die Zulässigkeit dieses Beweismittels in dem hier vorliegenden Falle anbelangt, so ist

A. das von dem Appellanten aufgestellte Princip, daß die Absicht einer Partei, ihren Nachbarn durch einen Bau zu chikaniren, von diesem Letzteren gar nicht anders, als durch eine Eidesdelation bewiesen werden könne, ganz unhaltbar. Denn die Absicht, zu chikaniren, d. h. einen Andern durch die Ausübung eines an sich wohlbegründeten Rechtes zu beeinträchtigen, gehört mit zu dem dolus im weiteren Sinne des Wortes, und daß jeder dolus in der Regel schon aus den Umständen gefolgert werden dürfe, ist ein bekannter Grundsatz

l. 6. C. de dolo malo. (2, 21.)

Dabei macht es auch keinen Unterschied, daß der Verdacht der Chikane, wenn er erst während des Prozesses entsteht, dem Gegner mitunter das Recht giebt, sofort auf Ableistung des s. g. Calumnieneides zu dringen; denn offenbar beruhet dies ihm günstige Vorrecht auf der Erwägung der nachtheiligen Störungen, welche ein ordentliches Beweisverfahren über solche Incidentfragen für den Gang des Hauptprozesses haben müßte; es darf also daraus keine Beschränkung der Beweismittel des Producenten in solchen Fällen abgeleitet werden, in welchen der Hauptprozeß selbst nur den Beweis einer Chikane betrifft. Auch würde die entgegenstehende Ansicht die Meinung der Schriftsteller gegen sich haben,

vgl. Mevius ad jus Lub. lib. III. tit. 12. art. 7. No. 35.

wie denn auch selbst der von dem Appellanten angeführte

Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen. Th. III. S. 397.

keinesweges die Eidesdelation als das einzig zulässige, sondern nur als ein meistens unentbehrliches Beweismittel für den Beweis der Chikane darzustellen sucht.

Eben so wenig sind aber auch

Digitized by Google

B. die Einwendungen des Appellanten gegen den Gebrauch von Sachverständigen insbesondere zum Behuf des fraglichen Beweises für gegründet zu halten. Denn Baustreitigkeiten der vorliegenden Art sind vielmehr vorzugsweise zur Begutachtung durch Sachverständige geeignet, weil es dabei besonders darauf ankommt, ob und welchen Nutzen der beabsichtigte Bau dem Unternehmer möglicherweise werde gewähren können; worüber Sachverständige mit Erwägung aller örtlichen Verhältnisse das sicherste Urtheil zu fällen, und so dem Richter für seine endliche Entscheidung die nöthige Grundlage zu geben im Stande sind. Auch hat das Ober-Appellationsgericht sich schon früher in einem ähnlichen Falle

zu seinem Erkenntnisse vom 9. October 1822 in Sachen Weyland c. Bruns*)

für eben diese Ansicht ausgesprochen.

Prüft man

II. den Inhalt des von den Architecten Stammann, Burmester und Müller ausgestellten Gutachtens, so lautet dasselbe in seinem Resultate ganz ausdrücklich dahin: daß ein Bau in dem fraglichen Winkel des Siemers'schen Hofplatzes lediglich dem Nachbar Catterinussi zum Verdrusse unternommen werden, dem Kläger aber von keinem Nutzen sein würde. Dieser ganz bestimmte und erschöpfende Ausspruch könnte nun freilich insofern einigen Bedenklichkeiten unterliegen, als derselbe zu weit zu gehen, und namentlich mehr zu umfassen scheint, als worauf es hier jetzt ankommen muß. Denn theils ist darin nicht bloß von dem jetzt in Frage stehenden Bau, sondern überhaupt von einem Bau an der fraglichen Stelle die Rede; theils scheint das Gutachten auch darin zu viel zu sagen, daß es allen Nutzen des Baues für den Kläger bestreiten will. Allein bei näherer Prüfung des ganzen Gutachtens ist leicht zu ersehen,

*) Grbes-Westphalen, Commentar, Bd. 2, S. 95. 96.

Digitized by Google

daß jene Äuſſerungen nicht ſo generell, wie ſie zu lauten ſcheinen, gemeint ſein konnten. Denn

1. beſchränken ſich die vorangeſtellten Gründe des Gutachtens ganz auf den beabſichtigten Bau von auffallend geringen Dimenſionen, und es wird dabei die Frage, ob bei einem etwa künftig vorzunehmenden gänzlichen Umbau des klägeriſchen Hinterhauſes nicht auch der jetzt in Frage ſtehende Winkel mit überbauet werden dürfte, gar nicht mit berührt. Auf dieſe Frage könnte aber ohnehin ſchon die Abweiſung des Klägers in dem jetzigen Prozeſſe, in welchem er ſelber nur auf Caſſation des kirchſpielherrlichen Befehls vom 9. September 1836 und auf Ertheilung einer ungehinderten Befugniß, „das fragliche Gebäude" auf der angezeigten Stelle ſeines Hofes zu errichten, angetragen hat, gar nicht mit erſtreckt werden, weshalb es denn auch eben ſo wenig einen Anſtand erregen kann, daß auch ſchon in dem obergerichtlichen Beweisinterlocute vom 1. Juni 1838 allgemeiner von der Abſicht, ein Gebäude daſelbſt zu errichten, die Rede war. Demnach darf alſo auch der Ausdruck des Gutachtens: „ein Bau in dem fraglichen Winkel" nur auf den jetzt projectirten, oder einen ihm weſentlich gleichen Bau bezogen werden.

2. Eben ſo wenig kann aber auch der Ausdruck: lediglich dem Catterinuſſi zum Verdruſſe," welcher dem Worte „nur" in dem obergerichtlichen Beweisthema entſprechend iſt, darum zu ernſtlichen Bedenken führen, weil die vorangeſtellten Gründe der Sachverſtändigen doch nur darauf hinausgehen, daß der gewählte Platz gerade der allerungünſtigſte zu dem beabſichtigten Baue ſein würde. Denn daß es hier nicht gerade auf eine abſolute Nutzloſigkeit des Baues ankommen dürfe, ergiebt ſich ſchon daraus von ſelbſt, daß mit jedem Bau irgend ein Nebenzweck ſehr leicht verbunden und dadurch einiger Nutzen deſſelben erreicht werden kann; weshalb denn auch vom Standpunkte des gemeinen Rechtes keine bedeutende Zweifel darüber obwalten, daß die Abſicht, durch Bauten zu chikaniren, ſchon

Digitized by Google

aus dem überwiegenden Schaden des Nachbarn, bei ſehr geringem Vortheil des Bauenden, gefolgert werden dürfe.

Mennochius, de praesumtionibus l. VI. praes. 29. No. 21—28.

Stryk, diss. de jure aemulat. cap. I. § 13.

Pufendorf, obs. T. IV. obs. 263. p. 535.

Eben darum kann aber auch die Vorſchrift des Hamb. Statutarrechts

Stat. P. II. tit. 20. art. 8.

aus welcher jenes obergerichtliches Beweisinterlocut zu interpretiren iſt, nur dahin verſtanden werden, daß auch ein Bau, bei welchem die Abſicht, ein ſtehendes Fenſter des Nachbars zum Verdruſſe des Letzteren zu verbauen, nur der ganz überwiegende Beweggrund iſt, nicht zu geſtatten ſei; wie denn eben dieſe Anſicht ſich auch ſchon in den Gründen zu dem obgedachten Urtheil des Ober-Appellationsgerichts in Sachen Weyland c. Bruns ausgeſprochen findet.

Unter dieſen Umſtänden muß aber der vom Beklagten unternommene Beweis der Chikane, nach Erfüllung der vom Obergerichte annoch vorgeſchriebenen Bedingungen und bis auf den Gegenbeweis des Klägers, ſchon jetzt um ſo mehr für geführt angenommen werden, als der Kläger allein im Stande ſein würde, noch anderweitige Motive ſeines Baues in der jetzt beabſichtigten Weiſe anzugeben, wenn deren wirklich vorhanden ſein ſollten, und als gerade der Umſtand am meiſten zur Verſtärkung des gegen ihn obwaltenden Verdachtes beitragen mußte, daß er bisher ſolche anderweitige Beweggründe, die für irgend erheblich gelten konnten, namhaft zu machen gänzlich unterlaſſen hat.

Digitized by Google

23.

Senator **M. H. Hudtwalcker** und **C. Hudtwalcker** tut. nom. **Horatio Dean Hudtwalcker**, Kläger, gegen **J. G. G. Fischer** und **J. C. Sasse**, als Eigenthümer des Erbes Catharinenstraße No. 41, Beklagte.

Servituten. Veräußerung des dienenden Grundstückes. Anmeldung. Rechtsfall. Die Vormünder des H., Eigenthümers eines an der Südseite der Catharinenstraße belegenen Erbes, klagten gegen F. und S., Eigenthümer eines an der Nordseite jener Straße belegenen Erbes, auf Anerkennung einer dem erstgedachten Erbe zuständigen „Flethgangs-Gerechtigkeit." Die Beklagten setzten der Klage u. A. die Einrede des Erloschenseins der Gerechtigkeit wegen Versäumung nothwendiger Anmeldungen entgegen. Bei mehreren öffentlichen Verkäufen des angeblich dienenden Grundstückes sei keine Anzeige von derselben gemacht;*) eben so wenig sei bei Verlassungen und Umschreibungen, welche in Folge von Privatverkäufen stattgefunden hätten, für die Conservirung jenes Rechtes Sorge getragen worden. — Nur auf den letzteren Punkt kam es bei der Abgebung der nachstehenden Erkenntnisse an und zwar insonderheit darauf, ob es vor der im Jahre 1802 geschehenen Aufhebung der Impugnationen zur Conservirung von Servituten nothwendig gewesen sei, dieselben nach vorangegangenen Privatverkäufen bei Gelegenheit der Verlassungen geltend zu machen. (Letzteres könnte unter Umständen noch jetzt bei der Beurtheilung von Fällen der betreffenden Art in Betracht kommen.)

— — Die eigentlichen Servituten sind auch noch jetzt im Wesentlichen nicht als ein germanisches, sondern als ein Römisches Rechts-Institut zu behandeln. Deshalb gelten über den Erwerb, die Ausübung und den Verlust derselben, der Regel nach, die Vorschriften des Römischen Rechts.

— — Verschiedenheit der rechtlichen Stellung eines Pfandgläubigers von derjenigen eines Servitutberechtigten im Verhältnisse zu den aus einer Veräußerung des verpfändeten, resp. dienenden Gegenstandes sich ergebenden Folgen.

*) Vgl. hierüber (spätere Sammlung) Bd. II. S. 302 und S. 343 und 344.

Digitized by Google

— — Dem deutschen Rechte liegt das Princip der Öffentlichkeit in Betreff der auf Liegenschaften sich beziehenden Handlungen nur insofern zum Grunde, als es auf die Feststellung des Eigenthumes ankommt. Jenes Princip wird nicht auch in Betreff dinglicher Specialrechte wirksam. (Hievon zeugt z. B. die im Hamb. Rechte statuirte Möglichkeit stillschweigend entstehender Pfandrechte.)

— — Die Artikel der Hamb. Statuten I. 80. 3 und II. 6. 14, und der den ersteren abändernde Artikel des Recesses von 1618, beziehen sich nicht auf das Verhältniß der Servituten.

— — Eine Nothwendigkeit, Servituten behufs deren Conservirung bei den Verlassungen der dienenden Grundstücke anzumelden, besteht weder seit der im Jahre 1802 geschehenen Aufhebung der Impugnationen, noch hat sie vorher bestanden.

— — Unstatthaftigkeit eines Schlusses von Demjenigen, was für den Fall eines öffentlichen Verkaufes des dienenden Grundstückes dem Servitutberechtigten obliegt (s. die in der Note zur vorigen Seite angezogenen Erkenntnisse), auf das Verhalten im vorbemerkten Falle.

— Eviction. Der Verkäufer eines Grundstückes haftet dem Käufer allerdings für diejenige Werthverringerung desselben, welche sich daraus ergiebt, wenn wissentlich verschwiegene, oder wenn solche Passiv-Servituten sich anfinden, deren Abwesenheit ausdrücklich von ihm zugesagt worden war; wegen anderer als auf dem Grundstücke haftend sich ausweisenden Servituten ist er dagegen nur in beschränktem Maaße verantwortlich.

Pfandrecht. Nicht nur derjenige Pfandgläubiger, welcher ohne Vorbehalt seines Pfandrechtes in den Verkauf des Pfandes consentirt, büßt sein Pfandrecht ein, sondern schon derjenige, welcher den öffentlichen Verkauf des Pfandes stillschweigend geschehen läßt.

Niedergerichtliches Erkenntniß vom 23. October 1837.

Erkannt:

da, wenn auch in früherer Zeit die Anmeldung einer Servitut vor der Zuschreibung des dienenden Grundstücks an dessen neuen Acquirenten zur Conservirung ihrer Wirksamkeit gegen den Letzteren erforderlich gewesen wäre, denn doch

Digitized by Google

jetzt, nämlich seit der gesetzlichen Aufhebung der Impugnationen, jene Theorie schon deshalb nicht aufgestellt werden kann, weil eine Anzeige an den Acquirenten, der vor der Zuschreibung regelmäßig gar nicht bekannt wird, unthunlich, die bei Pfandrechten wenigstens denkbare Procedur aber, mittelst Nachsuchung eines Arrestes und Inhibitorii, hier als ganz unstatthaft erscheinen müßte, indem der Servitutberechtigte überall nicht in der Lage ist, die Übertragung des ihm dienenden Grundstücks an einen andern Eigenthümer verhindern zu wollen oder zu können, daß die aus der unterlassenen Anmeldung der behaupteten Servitut vor Zuschreibung des Grundstücks an die Beklagten hergeleitete Einrede zu verwerfen, und die Kläger zu beweisen schuldig seien,

daß dem — Grundstücke ihres Pupillen die Gerechtigkeit des Flethganges unter dem beklagtischen Erbe, in der Art u. s. w. — zustehe.

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 25. Juni 1838.
(Auf beklagtische Appellation.)

Erkannt:

daß die erste, dritte und vierte Beschwerde*) zu verwerfen; und da, was die zweite Beschwerde betrifft, in dem Erkenntnisse a quo eben so wenig darüber, ob es zur Erbringung des den tut. nom. Klägern injungirten Beweises

*) Zum besseren Verständnisse des obigen Erkenntnisses wird eine Mittheilung der ersten und zweiten Beschwerde dienen. (Die dritte und vierte kommen nicht in Betracht.)

Erste Beschwerde: daß die Einrede aus dem Recesse vom Jahre 1618, in Beziehung auf Privat-Verkäufe des Grundstückes, theilweise ganz verworfen, theilweise ganz übersehen, mithin darüber nicht erkannt worden.

Zweite Beschwerde: daß die Einrede des erloschenen Rechts, gestützt auf die Unterlassung der erforderlichen Anzeigen bei den früheren öffentlichen Verkäufen des beklagtischen Grundstücks gänzlich übersehen worden, mithin auch gar nicht darüber erkannt worden. (F. u. S. hatten das Erbe unter der Hand gekauft.)

Digitized by Google

erforderlich ſei, darzuthun, daß von der klagend in Anſpruch genommenen Gerechtigkeit, ſei es bei den verſchiedenen, nach Conſtituirung dieſer Gerechtigkeit, oder nach einer Zeit, für welche das Beſtehen derſelben nachzuweiſen, ſtattgehabten öffentlichen Verkäufen, ſei es auch nur bei dem letzten öffentlichen Verkaufe des beklagtiſchen Erbes, eine Anzeige gemacht, oder das Beſtehen dieſer Gerechtigkeit ſonſt zur Kenntniß des Käufers gekommen ſei, als darüber, ob, wenn von Seiten der Beklagten das Unterbleiben ſolcher Anzeigen nachgewieſen werden ſollte, darin ein Gegenbeweis gegen das zum Beweiſe verſtellte Beſtehen der Gerechtigkeit liegen würde, partibus etwas aberkannt iſt;

daß, unter ausdrücklicher Reſervation aller Competentien in vorgedachter Hinſicht für beide Parteien, das Niedergerichtliche Erkenntniß a quo vom 23. October 1837 ſeinem dispoſitiven Inhalte nach zu confirmiren.*)

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß vom 30. März 1840.

(Auf beklagtiſche Appellation.)

Erkannt:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, Materialien anlangend jedoch, das Erkenntniß

*) Das Obergericht ſchlug die von den Beklagten gegen das obige Erkenntniß eingelegte Ober-Appellation wegen Conformität ſeiner und der Niedergerichts-Entſcheidung ab. — Das Ober-Appellationsgericht erklärte dagegen durch ein am 18. Februar 1839 abgegebenes Erkenntniß jenes Rechtsmittel inſofern für zuläſſig, als das Obergericht die Nicht-Anmeldung von Servituten bei Verkäufen unter der Hand, — und zwar bei ſolchen, welche vor der im Jahre 1802 ſtattgefunden hätten, — als unnöthig behandelt (oder wenigſtens in Betreff derſelben keine Competentien vorbehalten) habe, während dieſer Punkt vom Niedergerichte nicht mit in Betracht gezogen und deshalb in erſter Inſtanz nicht entſchieden worden ſei. Auf die wörtliche Faſſung des Deciſums allein könne es nicht ankommen.

Digitized by Google

des Obergerichts der Freien Hanseſtadt Hamburg vom 25. Juni 1838, wie hiemit geſchieht, unter Verurtheilung der Appellanten in die Koſten der gegenwärtigen Inſtanz, lediglich zu beſtätigen ſei.

Entſcheidungsgründe.

Die Rechtsfrage, auf deren Entſcheidung es bei der vorliegenden Appellation ankommt, beſchränkt ſich, nachdem die übrigen damit zuſammenhängenden Punkte bereits durch zwei conforme Entſcheidungen erledigt ſind, jetzt nur noch darauf:

ob in Hamburg bis zum Jahre 1802 das bis dahin dort üblich geweſene Impugnationsverfahren — wodurch Jeder, der ſich in Beziehung auf ein Grundſtück oder einen Hausposten dingliche Rechte oder ſonſtige ſpecielle Anſprüche zuſchrieb, deſſen Übertragung an dritte Perſonen verhindern konnte, bis über die Rechtmäßigkeit ſeines Anſpruchs entſchieden war — auch zur Erhaltung einer Prädial-Servitut ſelbſt dann ſchlechterdings beobachtet werden mußte, wenn das dienende Grundſtück nur unter der Hand verkauft wurde?

Daß dieſe Frage nach der dinglichen Natur der Servituten, wie ſie im römiſchen Rechte begründet iſt, verneint werden müßte, verſteht ſich von ſelbſt,

L. 23. § 2. D. de serv. praed. rust. 8. 3.

und für die Anwendung dieſes römiſchen Rechtsprincips auf die in Hamburg vorkommenden Servituten würde im Allgemeinen, und abgeſehen von ſpeciellen Gegengründen, ſchon der Umſtand entſcheiden, daß die eigentlichen Servituten auch jetzt noch nicht als ein germaniſches, ſondern als ein römiſches Rechts-Inſtitut zu behandeln ſind, weshalb denn nicht bloß über den Erwerb und die Ausübung, ſondern auch über den Verluſt derſelben heutigen Tages noch immer die Regeln des römiſchen Rechts zur Anwendung kommen müſſen.

Eichhorn, deutſches Privatr. § 178 der 4. Aufl.

Digitized by Google

Nun haben zwar die Beklagten für die entgegengesetzte Entscheidung der obigen Rechtsfrage fünf specielle Gründe aufzustellen gesucht, allein keiner derselben kann als haltbar anerkannt werden.

Wenn nämlich die Beklagten sich

I. auf ein allgemeines Princip des germanischen Rechts berufen wollen, nach welchem Alles, was den Erwerb und den Verlust dinglicher Rechte betreffe, an die Bedingung der Öffentlichkeit geknüpft sei, so ist dieses Princip in der Allgemeinheit, in welcher dasselbe hier angewendet werden soll, jedenfalls unbegründet, und läßt sich namentlich auch nicht aus der in jetziger Instanz dafür angeführten Äusserung des sogenannten Vermehrten Sachsenspiegels ableiten. Denn die darin ausgedrückte Regel, daß, wer bei einer Eigenthumsübertragung gegenwärtig sei, und schweige, nun immer schweigen solle, beruhet jedenfalls auf der Voraussetzung einer wahrhaft öffentlichen Eigenthumsübertragung, wofür die Hamburgischen Verlassungen doch eigentlich schon lange nicht mehr zu halten sind; überdies aber liegt darin im Grunde nur so viel, daß Derjenige, der das übertragene Eigenthum an sich bestreiten wolle, seinen Einspruch bei der Übertragung selbst nicht versäumen dürfe. Wer aber nur eine Prädial-Servitut gegen ein benachbartes Grundstück zu haben behauptet, der erkennt eben dadurch schon dieses Grundstück als ein fremdes an, und hat demnach keine Veranlassung, dessen Übertragung an einen andern Eigenthümer zu bestreiten. Ganz entschieden kann aber jenes Princip der Öffentlichkeit in seiner Ausdehnung auf alle dingliche Specialrechte keine unbedingte Rechtsnorm für das Hamburgische Statutarrecht abgeben, weil dieses letztere die Möglichkeit stillschweigend entstandener Pfandrechte auch an Grundstücken noch ausdrücklich anerkennt.

Stat. P. II. tit. 4. art. 14.

Wenn sodann

II. die Beklagten sich vorzugsweise auf speciellere Vorschriften des Hamburgischen Rechts, nämlich auf den

Digitized by Google

Receß vom Jahre 1618, zum Statut P. I. tit. 30. art. 3 und P. II. tit. 6. art. 14. berufen, so hat dieser Receß nur die in den Statuten vorgeschriebene Gewähr von Jahr und Tag wieder aufgehoben, ohne dabei der besondern Entschädigungs-Ansprüche eines Käufers wegen unbekannt gewesener Passiv-Servituten des verkauften Grundstücks zu gedenken; jedenfalls hat also dieser Receß in Ansehung der Prädial-Servituten nur insofern etwas Neues vorschreiben wollen, als schon die obgedachten beiden Artikel der Statuten auf solche Servituten zu beziehen gewesen wären. Allein diese Statuten erwähnen der Gewährleistung für Prädial-Servituten eben so wenig, während doch eine ausdrückliche Anführung derselben bei Aufstellung eines durchgreifenden Princips für alle Fälle der Gewährleistung nothwendig gewesen wäre, weil nach gemeinem Rechte zwischen der Verantwortlichkeit des Verkäufers für bloß passive Prädial-Servituten und seiner Gewährleistungspflicht für bedeutendere dingliche Ansprüche dritter Personen an dem verkauften Grundstücke bestimmte Unterschiede eintreten. Denn, wenn sich auch nicht behaupten läßt, daß der Verkäufer für solche Passiv-Servituten, die er weder wissentlich verschwiegen, noch deren Abwesenheit er ausdrücklich zugesagt hatte, in keinem Falle in Anspruch genommen werden könne, so bleibt doch so viel gewiß, daß diese Verantwortlichkeit im römischen Rechte nicht den eigentlichen Evictionsfällen gleichgestellt, sondern als eine beschränktere behandelt worden ist.

L. 61. D. de Aedil. edicto. 21. 1.
L. 59. L. 66. pr. D. de contr. emt. 18. 1.
L. 1. § 1. L. 39. D. de A. E. & V. 19. 1.
L. 69. § 5. L. 48. L. 75. D. de evictionib. 21. 2.

Diese abweichende Behandlung der Prädial-Servituten hat denn auch sehr klare innere Gründe für sich, nicht nur weil solche Nachbarverhältnisse, zumal bei nahe beisammen liegenden städtischen Gebäuden, etwas so Gewöhnliches sind, daß jeder Käufer dieselben zum Voraus erwarten mußte,

Digitized by Google

und es daher sich selber beizumessen hat, wenn er darüber nicht schon vor Abschluß des Kaufcontracts nähere Erkundigungen einzog, sondern auch deshalb, weil in manchen Fällen der Nachtheil solcher Servituten für das dienende Grundstück so geringfügig ist, daß sie zu einem Regreß gegen den Verkäufer überall keine genügende Veranlassung geben können.

III. Sodann haben die Beklagten sich auch noch auf die frühere Hamburgische Praxis und auf die überwiegende Ansicht der älteren Schriftsteller des dortigen Rechts berufen wollen. Allein in dieser letzten Beziehung haben sie doch nur eine eigentlich specielle und ausdrückliche Erörterung dieser Rechtsfrage für sich anführen können, nämlich die von

Hieron. Müller in den Untersuchungs-Tractaten, Tractat 8 und Tractat 9. S. 17—20.,

welcher aber doch selber

S. 3 u. f. des 8. Tractats

die Zweifelhaftigkeit seiner Ansicht nicht verhehlt. Alle andern von den Beklagten angeführten Schriftsteller hingegen erwähnen der Impugnationen zur Conservirung von Servituten nicht ausdrücklich und eben so wenig läßt sich daraus, daß sie gelegentlich ganz allgemein von dritten Betheiligten reden, folgern, daß sie damit auch über ein so eigenthümliches Verhältniß, wie das der Prädial-Servituten, eine bestimmte Ansicht haben aufstellen wollen.

Noch weniger aber haben die Beklagten nachweisen können, daß die von ihnen behauptete Nothwendigkeit der Impugnationen für den eben angegebenen Fall in der früheren Praxis anerkannt worden sei. Denn daß man sich derselben mitunter auch zur Sicherung einer Servitut bedient hat, kann deren unbedingte Nothwendigkeit eben so wenig beweisen, als sich aus einigen Fällen, in welchen die Servituten durch besondere Clauseln im Stadtbuche angemerkt worden sind, die allgemeine Nothwendigkeit solcher Clauseln zu demselben Zwecke herleiten ließe. Zudem haben

Digitized by Google

die Beklagten nur einen einzigen Fall solcher Impugnation nachzuweisen vermogt, welcher überdieß nicht einmal eine schon wirklich erworbene Servitut betroffen zu haben scheint,

Anderson, Hamb. Privatr. Th. II. S. 377.

während doch, wie schon erwähnt, Servituten unter nahe beisammen liegenden städtischen Gebäuden keineswegs zu den seltenen, sondern vielmehr zu den allerhäufigsten und unentbehrlichsten Rechtsverhältnissen gehören.

Eben so wenig kann dann auch das Concept der Gerichtsordnung vom Jahre 1711, Tit. 56. Art. 15.

s. Anderson a. a. O. S. 390.

dafür zum Beweise genügen, daß nach den damals herrschenden Ansichten die Anmeldung einer Servitut bei allen Verkäufen des dienenden Grundstücks für unbedingt nothwendig gehalten worden sei.

IV. haben die Beklagten für die Richtigkeit ihrer Ansicht noch einen ganz entscheidenden Beweis in der Analogie Desjenigen finden wollen, was von dem Inhaber einer stillschweigenden Hypothek, wenigstens so lange als die Impugnationen noch bestanden, auch bei Privatverkäufen in Hamburg habe wahrgenommen werden müssen. Allein es liegt nahe genug, daß sehr wesentliche Verschiedenheiten zwischen den Obliegenheiten eines Pfandgläubigers und denen eines Servituten-Inhabers zur Conservirung ihrer Rechte obwalten. Denn während einerseits der Pfandgläubiger seines Rechts nicht durch bloßen Nichtgebrauch verlustig wird, wie der Servituten-Inhaber, geht ihm doch andererseits dasselbe auch nach römischem Rechte schon dadurch verloren, daß er ohne Vorbehalt seines Pfandrechts in den Verkauf des Pfandes consentirt;

L. 4 § 1. L. 7. pr. L. 9. in f. L. 11. in f. L. 12. D. pr. quib. mod. pignus solv. 20. 6.

ja selbst sein bloßes Stillschweigen bei dem öffentlichen Verkaufe des Pfandes kann schon nach römischem Rechte eben diese Wirkung für ihn haben;

L. 6. C. de remiss. pign. (8. 26.)

Digitized by Google

wie es denn auch gar keinen Zweifel leidet, daß die Geltendmachung eines Pfandrechts an der verkauften Sache als eine eigentliche Eviction zu betrachten ist, und darin mit jeder Vindication derselben gleiche Wirkungen hat.

L. 34. § 2. D. de evictionib. 8. 45.

So findet sich denn auch in manchen neueren Gesetzgebungen, namentlich in der Preußischen,

Allgem. Landr. Th. I. Tit. 20. § 2—4, 411—413, Tit. 22. § 16—18, und im Anhang § 58.

der bestimmte Unterschied zwischen den Immobiliar-Hypotheken und den Servituten, daß Erstere immer einer gerichtlichen Eintragung bedürfen, bei Letzteren aber, selbst wenn sie sogenannte servitutes discontinuae und mit pecuniairen Nachtheilen für das dienende Grundstück verbunden sind, die gerichtliche Eintragung von der Willkür des Berechtigten abhängig bleibt.

Wenn übrigens bei irgend einem der bisher beseitigten Argumente der Beklagten noch ein Bedenken bliebe, so würde ihnen doch sämmtlich auch der Umstand noch entgegenstehen, daß diese Argumente jedenfalls zu weit führen und somit zu viel beweisen. Denn nach denselben hätten nicht nur die sogenannten servitutes discontinuae, sondern auch diejenigen, welche mit einer bleibenden baulichen Einrichtung an den beiderseitigen Häusern, oder an einem von ihnen, verbunden wären, vor dem Jahre 1802 in Hamburg durch das Versäumen einer Impugnation bei irgend einem Privatverkaufe des dienenden Grundstücks rechtlich verloren gehen müssen, zumal da die Hamb. Statuten auch in anderer Beziehung zwischen diesen beiden Arten von Servituten keinen Unterschied machen,

Stat. P. I. tit. 22. art. 3.

während doch für die sogenannten servitutes continuae unstreitig schon durch ihr factisches Fortbestehen zugleich auch eine hinreichende juristische Sicherheit gegeben sein mußte.

Nun haben zwar die Beklagten endlich

Digitized by Google

V. auch noch die Analogie Desjenigen, was vor dem Jahre 1802 (so wie auch jetzt noch) bei öffentlichen Verkäufen eines dienenden Grundstücks wahrgenommen werden mußte, für eine gleiche Anmeldungspflicht des Servituten-Inhabers bei Privat-Verkäufen geltend machen wollen. Allein diese Analogie ist darum nicht entscheidend, weil in der, jedem öffentlichen Verkaufe vorangehenden Ankündigung desselben eine viel dringendere Aufforderung zu solchen Anmeldungen enthalten ist, als in der dem Privat-Verkaufe noch folgenden und jetzt nur noch scheinbar öffentlichen Verlassung des Grundstücks.

24.

C. F. Henrici, Kläger, gegen **Friedrich Klünder** und **C. G. Neumeister** in Vollmacht der Patriotischen Assecuranz-Compagnie und Consorten.

Assecuranz. Verkauf des Schiffes im Zwischen- oder Nothhafen. Abandon. Fingirter Total-Verlust. Rechtsfall. Ein Schiff, „Henriette," wurde für eine Reise von Hamburg nach Newyork, von da, entweder direct oder via St. Thomas, zurück nach Hamburg, oder via der Capverdischen Inseln nach Rio de Janeiro, oder via St. Thomas und den Capverdischen Inseln nach Rio de Janeiro versichert; unter der Clausel, daß jede Reise ihre eigene Havarie zu tragen habe. — Taxsumme, Bco. ℛ 40,000. — Die Henriette wurde auf der Fahrt von Newyork nach St. Thomas von einem Orkane befallen, bei welchem die Masten verloren gingen und dem Schiffe auch sonstige bedeutende Beschädigungen zugefügt wurden. — Die Reparatur desselben in St. Thomas wurde, unter Aussetzung Desjenigen, was sich an Schäden am Boden des Schiffes etwa noch zeigen mögte, auf 9500 D., der Werth des Schiffes im reparirten Zustande auf 11,000 D. geschätzt. — Theils mit Berücksichtigung dieser Schätzungen, theils weil zur damaligen Zeit auf St. Thomas keine für das Schiff passende Masten zu haben seien, weil auch die Zeit der Orkane bevor stehe, mithin das Schiff, bevor es wieder in See gehen könne, neuem Unglücke ausgesetzt sein würde, erklärten sich

Digitized by Google

Sachverständige, welchen das Verhältniß zur Beurtheilung vorgelegt worden war, dahin, daß sie es als dem Interesse aller Betheiligten entsprechend erachteten, das Schiff, als der Reparatur unwerth zu condemniren, damit es schnellestmöglich für Rechnung Dessen, den es angehe, in öffentlicher Auction verkauft werde. — Demgemäß verfuhr der Schiffer. — Das Ergebniß des Verkaufs waren 2632 D. 25 C. — Der versicherte Rheder legte seiner gegen die Assecuradeurs geltend gemachten Ersatzforderung den Belauf der Taxe, abzüglich jenes Verkaufs-Erlöses, zum Grunde. — Die Assecuradeurs bestritten die Zulässigkeit dieser Schadensformirung, lehnten es ab, mehr als den Belauf der dem Schiffe wirklich zugefügten Havarie nach ordnungsmäßiger Berechnung desselben (nämlich unter Abzug von einem Drittheil wegen neu für alt, und der Hälfte, weil das Schiff nicht gestoßen habe), zu bezahlen und bestritten jedenfalls die Zugrundelegung der hamburgischen Taxsumme. — Die drei erkennenden Gerichte wichen in folgender Weise in Betreff der Auffassung des vorliegenden Falles von einander ab. — Das Handelsgericht, welches den vom Kläger geltend gemachten „fingirten Total-Verlust" für das hamburgische Recht nicht statuirte, nahm gleichwohl eine Berechtigung des Versicherten an, den Schaden so, wie geschehen, geltend zu machen, und zwar deshalb, weil in Folge von Umständen, welche die Assecuradeurs zu vertreten hätten, das Schiff vor Beendigung der Reise zu existiren aufgehört habe. — Das Obergericht nahm an, daß das Schiff, da es in einem reparirbaren Zustande in St. Thomas eingetroffen sei, dort hätte reparirt werden müssen, daß mithin kein Total-Verlust, sondern nur ein Havariefall vorliege, welcher auch durch den in St. Thomas vorgenommenen Verkauf des Schiffes nicht in einen Total-Verlust, im Sinne des Hamburgischen Assecuranz-Rechts und der Bedingungen der Pläne habe umgewandelt werden können. Die Havarie sei demnach auf die gewöhnliche Weise aufzumachen. — Das Ober-Appellationsgericht trat dem Obergerichte darin bei, daß nur ein Fall partieller Havarie und kein Total-Verlust (auch nicht etwa ein fingirter Total-Verlust) anzunehmen sei, allein es legte die hamburgische Taxsumme zum Grunde, weil der Versicherte hier mit Grund die Anwendung des § 5 der Bedingungen von 1800 beantragen dürfe.*)

*) Zu vergleichen mit den im obigen Falle abgegebenen Erkenntnissen sind Entscheidungen in folgenden späteren Fällen, welche

Digitized by Google

— — Das Hamburgische Assecuranz-Recht weicht von den meisten andern Assecuranz-Rechten insofern ab, als es keinen fingirten (constructiven) Total-Verlust eines Schiffes annimmt. Dies hängt mit der Beschränkung zusammen, unter welcher allein das Hamburgische Assecuranz-Recht den Abandon gestattet.*)

— — Das Ober-Appellationsgericht statuirte in dem entschiedenen Falle die Zugrundelegung der hamburgischen Taxe von Bco. ℔ 40,000 (nach dem § 5 der Bedingungen von 1800 deshalb, weil St. Thomas nicht der Bestimmungsort gewesen sei, und weil die Henriette dort habe verkauft werden müssen.

— — Nachweisung, daß und weshalb St. Thomas hier nicht der Bestimmungsort gewesen sei.

— — Die Worte des § 5 der Bedingungen von 1800 „verkauft werden muß" sind nicht bloß von einer physischen Nothwendigkeit, sondern auch von dem Falle zu verstehen, wo vernünftige Gründe gebieten, den Verkauf eines Schiffes einer Reparatur desselben vorzuziehen.

— — Nachweisung, daß und weshalb das Vorhandensein von Gründen der letztgedachten Art im entschiedenen Falle anzunehmen gewesen sei.

— Der Abzug von einem Dritttheil, wegen neu für alt, ist nur dann zulässig, wenn die Havarie mittelst Bezahlung der taxirten oder wirklich aufgewandten Reparaturkosten vergütet wird, nicht aber dann, wenn der Assecuradeur eine geschehene Condemnation als rechtsgültig anzuerkennen hat, wenn also von dem im andern Falle durch die Reparatur herbeigeführten factischen Zustande gänzlich abzusehen ist.

— Die Clausel „jede Reise trägt ihre eigene Havarie" hat im Wesentlichen Beziehung auf die Havariegrosse,

---

auf Grund des Allgemeinen Plans Hamburgischer See-Versicherung von 1847 abgegeben worden sind: 1. T. E. & C. Vidal c. H. A. Holle in Vollmacht ꝛc. (Schiff Rose) Handelsgericht 18. September 1852, Obergericht 8. Januar 1853. 2. C. F. A. Pflugk Wwe. & Erben c. K. F. Bubendey in Vollmacht ꝛc. (Schiff Adolph) Handelsgericht 9. October 1854, confirmirt im Obergerichte 1855. 8. C. J. Johns Söhne c. C. A. Auffm 'Ordt in Vollmacht ꝛc. (Schiff Amalia, Capitain Müggenborg) Ober-Appellationsgericht 15. März 1855.

*) Vgl. (spätere Sammlung) Bd. II. S. 864 ff.

Digitized by Google

welche auf den einzelnen Abschnitten der Fahrt eines successive für mehrere Plätze bestimmten Schiffes vorkommt.

— Die Einrede der übersetzten Taxe ist von dem Versicherer zu beweisen.*) Sie muß indessen mit Bestimmtheit vorgebracht worden sein, um zur Beweisauflage zu führen.

Appellation. Der Oberrichter hat das Recht, Dasjenige selbst auszusprechen, was der Unterrichter zu erkennen gehabt hätte. — Wie weit das Hamburgische Particular-Recht hievon eine Ausnahme mache?**)

Handelsgerichtliches Erkenntniß
vom 13. Juni 1838.

Erkannt:

da darüber kein Zweifel obwalten kann, daß, soweit die Natur des Versicherungs-Contracts ihn ergiebt, der Begriff des Total-Verlustes eines assecurirten Schiffes alle Fälle umfasse, in welchen der Versicherte lediglich in Veranlassung solcher Umstände, die der Versicherer zu vertreten hat, vor Beendigung der versicherten Reise in Wirklichkeit den Verlust des Schiffes — sei es nun weil dasselbe überhaupt, wenn auch nur als solches, oder weil doch dasselbe für ihn zu existiren aufhörte — erlitt;

nun aber eine Beschränkung dieses natürlichen Begriffs im Hamburgischen Assecuranz-Rechte keineswegs erfindlich ist, indem, wenngleich die Assecuranz- und Havarie-Ordnung, hinsichtlich der Casco-Versicherung, abgesehen von dem Falle lange ausgebliebener Nachricht, überall keinen fingirten Total-Verlust statuirt, vielmehr den Versicherten anweiset, unter möglichstem Bedacht auf Conservirung, den endlichen Ausgang abzuwarten, doch hieraus gewiß nicht entnommen werden kann, daß in irgend einem Falle, wo der endliche Ausgang darthut, daß der Versicherte — und zwar lediglich durch Umstände, welche der Versicherer bei seiner contractlichen generellen Zusage, sich gänzlich an die Stelle des Asse-

*) Vgl. (spätere Sammlung) Bd. I. S. 881.

**) Vgl. daselbst Bd. I. S. 88, 89 und 979, 980.

Digitized by Google

curirten zu setzen, nicht speciell ausgeschlossen hatte — effectiv den Verlust des Schiffes vor beendigter Reise erlitt, zu Gunsten des Assecuradeurs die Fiction, daß ihm dasselbe conservirt sei, Platz greifen solle;

auch ferner daraus, daß der von Beklagten in Bezug genommene, fast sämmtlichen späteren Assecuranz-Bedingungen ausdrücklich inserirte § 5 der Bedingungen vom Jahre 1800 — bei dem es ja nur darauf ankam, mit Deutlichkeit und Kürze zu bestimmen, in welchen Fällen die Taxe der Police ausgeschlossen sein, und welche Berechnung des Schadens in diesen Fällen eintreten solle — in seiner Wortfassung jeden Fall eines für Rechnung des Versicherers erfolgten Verkaufs des versicherten Objets von dem Falle eines totalen Schadens disjungirt, keineswegs die Absicht einer Restriction des natürlichen Begriffs eines Total-Verlustes zu entnehmen ist;

da nun zwar, was den vorliegenden Fall betrifft, der zu St. Thomas vor beendigter versicherter Reise durch die dortigen Agenten des Klägers beschaffte Verkauf des Schiffes Henriette den Beklagten gegenüber nur dann in Betracht kommen kann, wenn sich derselbe als eine durch Umstände, welche Beklagte als Versicherer zu vertreten haben, gerechtfertigte Handlung ausweiset;

dieser Ausweis aber allerdings hinlänglich darin vorliegt, daß das Schiff, nachdem es durch außerordentliche Seeunfälle in einen Zustand versetzt war, wie ihn die Verklarung und die beeidigte Besichtigungs- und Condemnationsacte darthun, zur Wiederherstellung seiner Seefähigkeit kein Material zu St. Thomas vorfand, ein Versuch aber, durch Herbeischaffung dieses Materials von fernen Plätzen das Schiff zu conserviren, nur als eine weit aussehende und gewagte Speculation sich darstellen konnte, von welcher unter den vorliegenden Umständen bei der Unthunlichkeit einer vorgängigen Rücksprache mit den Versicherern zu abstrahiren war;

Digitized by Google

wie denn hiebei auch in formeller Hinsicht dem Kläger Nichts entgegensteht, da von Beklagten, daß wirklich in ähnlichen Fällen anders, als hier zufolge der vorliegenden beeidigten Besichtigungs- und Condemnationsacte geschehen, zu St. Thomas verfahren sei, nicht behauptet wird;

da hiernach allerdings auf die principaliter vom Kläger aufgestellte Ansicht eines hier vorliegenden, die Beklagten treffenden Total-Verlustes einzugehen ist;

da endlich das, was Beklagte in Beziehung auf die von ihnen in der Police genehmigte Taxe vorbringen, nicht einmal als eine bestimmte, und jedenfalls, insofern lediglich darauf gegründet, daß der Werth des Schiffes zu St. Thomas bedeutend geringer angeschlagen worden, nicht als eine hinlänglich substanzirte Anfechtung der Taxe erachtet werden kann,

daß die Beklagten dem Kläger den Betrag ihrer resp. Versicherungssummen, nach Abzug des ihnen pro rata ihrer Versicherungssummen zu Gute kommenden, in der Dispache mit Bco.ℳ 5493, 10 ß berechneten Reinertrags, mithin die Mitbeklagten Srs. Friedrich Klünder und E. G. Neumeister in Vollmacht der Patriotischen Assecuranz-Compagnie die Summe von Bco.ℳ 6126, 9 ß 6 ₰, u. s. w. innerhalb 8 Tage sammt Verzugszinsen vom Klagetage sub poena executionis zu bezahlen schuldig seien.

Die Kosten des Rechtsstreits werden compensirt.

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 11. Februar 1839.
(Auf beklagtische Appellation.)

Erkannt:

da das Schiff Henriette bei seiner Ankunft in St. Thomas, nach Inhalt der Acten, völlig dicht war und jedenfalls in solchem Zustande sich befand, daß der erlittene, hauptsächlich in den gekappten Masten und Tackelage bestehende

Digitized by Google

Schaden reparirt werden konnte, und, dem regelmäßigen Gange nach, eine Reparatur hätte stattfinden müssen;

da sonach an und für sich kein totaler Verlust, sondern ein Havarie-Fall vorliegt;

da nun ferner der Umstand, daß das Schiff nach dem Gutachten der hinzugezogenen Sachverständigen lediglich aus Gründen der Zweckmäßigkeit in St. Thomas verkauft worden ist — abgesehen von der Frage über die Pflicht zum Ersatze des dadurch verursachten Schadens — nicht den Effect haben kann, um den an sich vorliegenden Havarie-Fall in einen totalen Verlust im Sinne unseres Assecuranz-Rechts und der Bedingungen der Pläne unserer Assecuranz-Compagnien, und mit den an diesen Begriff geknüpften Folgen hinsichtlich der Entschädigungs-Grundsätze, zu verwandeln:

daß die principaliter vom Kläger aufgestellte Ansicht eines vorliegenden Total-Verlustes, und der dadurch zu bestimmenden Entschädigungs-Pflicht, zu verwerfen; demgemäß das handelsgerichtliche Erkenntniß a quo vom 13. Juni 1838 wieder aufzuheben und die Sache zur weiteren Entscheidung, unter Compensation der Kosten dieser Instanz, an das Handelsgericht zu remittiren.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß
vom 30. April 1840.
(Auf klägerische Appellation.)

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, und, die Sache selbst anlangend, das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Hamburg vom 11. Februar 1839, wie hiemit geschieht, dahin theils zu bestätigen, theils abzuändern sei, daß das Urtheil des Handelsgerichts vom 13. Juni 1838, wieder aufzuheben, und Beklagte schuldig seien, die das Schiff Henriette auf der von ihnen versicherten Reise von Newyork ab in der Nähe

Digitized by Google

von St. Thomas überkommene Havarie im Übrigen nach der vom Kläger producirten Dispache vom 26. Januar 1838, und zwar mit Verzugszinsen vom Tage der Klage an, zu bezahlen, so viel jedoch die in solcher Dispache enthaltene Annahme betrifft, daß von dem zu Bco. ℔ 34,506, 6 ß festgesetzten Betrage des gesammten Schadens Bco. ℔ 30,000 zur Havariegrosse und Bco. ℔ 4506, 6 ß zur particulairen Havarie zu rechnen seien, die Sache annoch an den Dispacheur zurückverwiesen sei, um nach Einsicht Desjenigen, was in erster Instanz über diese Vertheilung von den Parteien verhandelt worden, sein motivirtes Gutachten über diesen Punkt abzugeben, worauf dann, nach Vernehmung beider Theile, vom Handelsgerichte über denselben weiter zu erkennen ist.

Die Kosten aller drei Instanzen werden gegen einander aufgehoben.

Entscheidungsgründe.

Die erste Beschwerde des Appellanten, daß nicht das handelsgerichtliche Erkenntniß vom 13. Juni 1838 bestätigt worden sei, beruht darauf, daß er behauptet, es sei ein Total-Verlust des versicherten Schiffes Henriette eingetreten und es liege hier nicht, wie vom Obergerichte angenommen worden, ein Havarie-Fall vor. Nun ist aber dies Letztere allerdings für richtig zu halten.

Sieht man nämlich darauf, was sich in der Wirklichkeit mit diesem Schiffe zugetragen hat, so ist dasselbe offenbar nicht gänzlich untergegangen; denn es ist, wenn auch entmastet und beschädigt, doch in den Hafen von St. Thomas eingelaufen und dort besichtigt worden; ferner ist daselbst nicht bloß die Frage entstanden, ob es reparirt werden könne und müsse, oder nicht, sondern nach der Entscheidung dieser Frage ist auch das Schiff mit Inbegriff des geretteten Zubehörs zu 2632 D. 25 C. versteigert worden. Diese thatsächlichen Beweise, daß ein wirklicher Total-Verlust des Schiffes nicht eingetreten sei, können auch dadurch nicht

Digitized by Google

beseitigt werden, daß im römischen Rechte dem Worte perire hin und wieder eine weitere Bedeutung beigelegt wird; daher es hierüber bloß der Bemerkung bedarf, daß die Hauptstellen, worauf der Kläger sich in dieser Beziehung gestützt hat, vom usus fructus handeln, wobei andere Grundsätze über das perire eintreten, als beim Eigenthum.

Zweifelhafter scheint es freilich, ob nicht nach dem Assecuranz-Rechte hier ein fingirter Total-Verlust des Schiffes Henriette anzunehmen sei? Denn bei weitem die meisten Assecuranz-Gesetze enthalten die Bestimmung, daß ein Schiff, welches durch Unglücksfälle während der versicherten Reise außer Stand gesetzt wird, dieselbe fortzusetzen, nachdem es von Sachverständigen für seeunfähig erklärt, oder, wie man im gewöhnlichen Leben zu sagen pflegt, condemnirt worden ist, als gänzlich verloren angesehen, und deshalb dem Versicherten gestattet werden soll, von seinen Versicherern die gezeichneten Summen gegen Überlassung des assecurirten Gegenstandes zu fordern.

Preuß. Landr. Th. 2. Tit. 8. § 2304.

Code de commerce. Art. 369.

Benecke, System des Assec.-Wesens. Bd. 3. § 489 ff.

Allein dies ist gerade ein Punkt, worin die hier zunächst in Betracht kommende hamburgische Assecuranz- und Havarie-Ordnung von fast allen anderen Gesetzgebungen abweicht. Dieselbe gestattet nämlich bei Versicherungen auf Casco keinen Abandon wegen Seeunfähigkeit, und kennt überhaupt dabei keinen fingirten Total-Verlust, außer in dem einzigen Falle, da von dem versicherten Schiffe in einer gesetzlich bestimmten, über die gewöhnliche Dauer der Reise hinausreichenden Frist keine Nachricht eingegangen ist. In diesem Falle soll das Schiff für verloren gehalten werden und dem Assecurirten freistehen, das Schiff und die darin geladenen Güter zu abandonniren und von den Assecuradeuren die Bezahlung der ihnen versicherten und gezeichneten Summen zu fordern.

Tit. 11. Art. 1 und 3.

Digitized by Google

Es ist jedoch im Art. 4 ausdrücklich hinzugesetzt: „In andern Fällen stehet dem Assecurirten nicht frei, ein versichertes Schiff oder Gut zu abandonniren, sondern es soll derselbe, jedoch auf der Assecuradeurs Gefahr und Kosten, allen Schaden abzuwenden, das Schiff und Gut zu conserviren und desselben Bestes zu befördern, nach Möglichkeit sich angelegen sein lassen."

Demnach kann der Unfall, welcher das Schiff Henriette betroffen hat, obgleich dasselbe dadurch an der Fortsetzung der Reise gehindert und deßhalb zu St. Thomas zur Condemnation geeignet befunden ward, nicht die Wirkung haben, den Total-Verlust des Schiffes anzunehmen, sondern es fällt diese Sache nach der hamburgischen Assecuranz-Ordnung unter die darin ausgesprochene Regel, daß aller Schaden, so den Schiffen oder der Ladung zustößt, für Havarie gehalten werde.

Tit. 21. Art. 1.

Dazu kommt nun noch § 5 der allgemeinen Bedingungen von 1800,*) welcher in die besonderen Pläne fast aller hamburgischen Assecuranz-Compagnien übergegangen und von beiden Parteien in dieser Sache in Bezug genommen ist. Darin wird nämlich der Fall eines totalen Schadens durch das Wort „oder" von dem nach der eigenen Behauptung des Klägers hier eingetretenen Falle, da das versicherte Object für Rechnung der Assecuradeure anderswo als am Bestimmungsorte verkauft werden muß, getrennt und diesem letzteren gegenübergestellt.

Benecke, a. a. O. Th. 3. S. 41.

*) Der § 5 lautet in dem betreffenden Theile wörtlich: „Die in der Police taxirte Summe gilt nur im Falle eines totalen Schadens, oder wenn das versicherte Object anderswo, als an dem Bestimmungsorte verkauft werden muß. (In allen andern Fällen wird die particulaire Havarie — am Casco nach dem beeidigten Taxations-Werthe desselben am Bestimmungsorte, regulirt und darnach bezahlt.—)"

Digitized by Google

Es war daher in diesem Punkte das vorige Erkenntniß unter Verwerfung der Beschwerde des Klägers, zu bestätigen.

Dahingegen mußte der eventuellen zweiten Beschwerde des Klägers,

daß die Sache zur weiteren Entscheidung an das Handelsgericht remittirt worden sei,

in so weit Statt gegeben werden, als die verschiedenen Streitpunkte, welche auf den Fall, daß bloß eine Havarie des Schiffes angenommen worden und als Folge davon die Anwendung der errichteten Dispache in Frage kommen sollte, unter den Parteien ventilirt worden sind, schon vor dem Erkenntnisse zweiter Instanz genugsam verhandelt und aufgeklärt waren, um darüber richterlich zu entscheiden. Denn das gemeine Recht verpflichtet den Richter, wenn er das Erkenntniß der vorigen Instanz aufhebt, nicht dabei stehen zu bleiben, und sich nicht auf die bloße Remission der Sache zum anderweiten Urtheile zu beschränken, sondern er soll selbst Dasjenige aussprechen, was schon von den vorigen Richtern hätte erkannt werden können und sollen.

L. 6. pr. & § 1. C. de appellat. (7. 62.)

Es ist daher unrichtig, wenn hin und wieder dafür gehalten wird, daß über jeden Punkt in erster Instanz erkannt werden müsse; vielmehr hat der Kläger ein Recht, jetzt auch vom Ober-Appellationsgerichte das weitere Erkenntniß zu verlangen, welches schon in zweiter Instanz hätte gesprochen werden sollen, und es kann ihm dies Recht durch den bloßen Widerspruch der Appellaten nicht genommen werden, wie dies vom Ober-Appellationsgerichte in einer ganzen Reihe von Fällen, namentlich auch in hamburger Sachen, ausgesprochen und angewendet ist.

Zwar weicht das hamburgische Particular-Recht insoweit von jener Regel ab, daß es, namentlich auch bei Appellationen vom Handelsgerichte, im Falle eines appellablen Interlocuts erster Instanz dem Obergerichte gestattet, die zur definitiven Entscheidung reif gefundene Sache zu solcher Entscheidung an die erste Instanz zu remittiren;

Digitized by Google

Verordnung in Betreff des Verfahrens v. 29. December 1815. Art. 46, 47,

allein dieser specielle Fall ist hier nicht vorhanden. Und wenn auch jene Ausnahme in Hamburg gar oft in einer weiteren Ausdehnung angewendet wird, so kann dies doch nur in den Fällen gebilligt werden, wo wirklich Gründe der Zweckmäßigkeit eine analoge Anwendung der Vorschrift zulassen oder überhaupt die Remission an die erste Instanz rechtfertigen. Solche Gründe liegen aber hier in Betreff der meisten Streitpunkte keineswegs vor, vielmehr ergiebt sich das Gegentheil, da jene Punkte schon umständlich verhandelt sind, und sogar das Handelsgericht sich über mehrere derselben bereits in seinen Entscheidungsgründen ausgesprochen hat. Es würde daher nur zur Verzögerung der Sache gereichen, wenn man dieselbe noch erst in ihrem ganzen Umfange an die erste Instanz verweisen wollte.

Jene Verhandlungen haben sich nun ganz natürlich an die Dispache geknüpft, welche der Kläger auf Verlangen der Beklagten vor dem Anfange dieses Rechtsstreits hat anfertigen lassen, wogegen aber beide Theile Erinnerungen vorgebracht haben, auf deren rechtlicher Beurtheilung die Erledigung der ganzen Sache beruht.

Von Seiten der Beklagten ist zunächst das Monitum aufgestellt worden, daß bei der Schadensberechnung nicht die in der Police stehende Taxe des Schiffes zu Bco. ℔ 40,000 hätte zum Grunde gelegt werden sollen, sondern vielmehr die in St. Thomas vorgenommene Schätzung, wonach das Schiff im reparirten Zustande einen Werth von 11,000 D. gehabt haben würde. — Allein hier steht den Beklagten die Bestimmung des oben bereits angezogenen Art. 5 der Bedingungen von 1800 entgegen, dahin lautend: „die in der Police taxirte Summe gilt, wenn das versicherte Object für Rechnung der Assecuradeurs anderswo als an dem Bestimmungsorte verkauft werden muß." Gegen die Anordnung dieser Vorschrift haben die Beklagten zwar eingewendet,

Digitized by Google

1. daß St. Thomas, wo das Schiff verkauft worden, wirklich als ein Bestimmungsort anzusehen sei, und

2. daß das Schiff dort keinesweges habe verkauft werden müssen; — beides ist aber durchaus unrichtig. Denn

zu 1. ergiebt sich aus der von den Beklagten gezeichneten Police selbst ganz klar, daß St. Thomas nur als Zwischenhafen, nicht als Bestimmungsplatz anzusehen ist. Hierüber sind die Worte:

„von Hamburg nach Newyork, von da, entweder direct oder via St. Thomas, zurück nach Hamburg, oder via der Capverdischen Inseln nach Rio, oder via St. Thomas und der Capverdischen Inseln nach Rio de Janeiro,"

schon an sich vollkommen deutlich. Auch wird der Sinn des Wortes „via" als die Bezeichnung eines bloßen Zwischenplatzes dadurch bestätigt, daß dafür gleich nachher in derselben Police andere Ausdrücke gesetzt sind, die man ganz gewiß von einem wirklichen Bestimmungsorte gar nicht, sondern nur von einem Zwischenorte gebrauchen kann, nämlich: „Geht das Schiff nach den Capverdischen Inseln, ohne St. Thomas anzugehen, . . . geht es von Newyork über St. Thomas zurück nach Hamburg . . . ." Die wahren Bestimmungsorte der Reise sind überdieß in der Police eben so deutlich angegeben, indem es darin heißt, daß das Risico der Assecuradeurs fortlaufe, bis das Schiff zu Rio Janeiro oder Hamburg angekommen und seine Ladung völlig gelöscht habe.

Vgl. Hamburgische Assecuranz-Ordnung. Tit. 5. Art. 12.

Die Beklagten berufen sich dagegen zwar auf die Clausel der Police:

„Jede Reise trägt ihre eigene Havarie; Reisen in Ballast und mit Salz präjudiciren nicht;"

und es hat keinen Zweifel, daß hiernach eine Havariegrosse, die dem Schiffe auf der Reise von Newyork nach St. Thomas zugestoßen wäre, selbst dann hätte besonders berechnet

Digitized by Google

werden müssen, wenn der Schiffer auch die Reise von St. Thomas nach Hamburg oder Rio hätte fortsetzen können. Allein es ist nicht abzusehen, wie dadurch ein Platz zum Bestimmungsorte werden kann, welcher es übrigens nach den deutlichen Worten der Police nicht ist; vielmehr ergeben sich die Gründe von selbst, weshalb sowohl Versicherer als Schiffsrheder in der Regel verlangen werden oder müssen, daß die große Havarie, wenn sie bis zum Anlangen in einem Hafen eintritt, wo das Schiff nur anzulaufen befugt ist, um vielleicht einen Theil der Ladung abzusetzen oder zu übernehmen, bis zu solchem Zwischenplatze abgesondert berechnet werde, ohne daß dadurch der Zwischenplatz die Natur des Bestimmungsortes annimmt.

Zu 2. ist der Ausdruck muß in der im gedachten 5. Artikel enthaltenen Bestimmung: „wenn das Schiff verkauft werden muß," nicht bloß von einer physischen Nothwendigkeit, sondern auch von dem Falle zu verstehen, da vernünftige Gründe gebieten, den Verkauf des Schiffes einer Reparatur desselben vorzuziehen. Freilich wird in solchem Falle der Versicherte, wenn irgend möglich, bei der Erwägung dieser Gründe die Assecurudeurs oder deren am Platze anwesende Bevollmächtigte zu Rathe ziehen und deren Willen befolgen müssen,

Hamburgische Assecuranz-Ordnung. Tit. 11. Art. 5. Tit. 14. Art. 1. Tit. 15. Art. 1 und 5,

auch ergiebt sich aus den Acten, daß die hamburgischen Versicherer wirklich in St. Thomas Bergeest & Comp. als ihre Bevollmächtigte für Havariefälle bestellt haben, ohne daß man sieht, ob oder wie letztere vor dem Verkaufe des Schiffes Henriette zu Rathe gezogen sind. Allein, abgesehen davon, ob es überall dem Kläger zur Last fallen würde, wenn in dieser Beziehung vom Schiffer selbst, oder von Overmann & Schön zu St. Thomas, welche diesem bei der Havariesache zur Seite standen, etwas versehen oder versäumt sein sollte, so wird des Bedenkens wegen etwa

Digitized by Google

unterbliebener Rücksprache mit Bergeest & Comp. dadurch völlig beseitigt, daß die Beklagten diesen Mangel nicht gerügt und darauf keinen Einwand gegründet haben, wodurch es höchst wahrscheinlich wird, daß Bergeest & Comp. von Allem, was mit jenem Schiffe vorgegangen ist, hinlänglich unterrichtet gewesen sein werden.

Die obgedachte Nothwendigkeit des zu St. Thomas geschehenen Verkaufs des Schiffes Henriette geht nun aber aus der vom Kläger mit der Dispache vorgelegten Besichtigungsacte vom 4. August 1838, welche am 10. desselben Monats vor Gericht beschworen ist, unleugbar hervor. Denn es ward nicht bloß Dasjenige, was die Schiffsbesatzung von dem furchtbaren Orcan, dem die Henriette in der Nähe von St. Thomas ausgesetzt gewesen, und von den zerstörenden Wirkungen desselben auf dies Schiff in der Verklarung ausgesagt hatte, durch die Besichtigung bestätigt, sondern die dazu berufenen Männer erklärten auch, wie sie „die Instandsetzung des Schiffes auf circa 9500 D. schätzten, ungerechnet was zur Reparatur des Bodens erforderlich sein mögte, welches letztere, bevor das (entmastete) Schiff bemastet und übergewunden sein würde, nicht untersucht werden könne." Sie erwogen dann, daß zur damaligen Zeit auf St. Thomas keine für das Schiff passende Masten zu haben waren, daß die Jahreszeit der Orkane erst angefangen habe, mithin das Schiff, bevor es wieder in See gehen könne, neuem Unglücke ausgesetzt sei, und daß es, nachdem alle Reparaturen vollführt sein würden, auch nicht höher als 11,000 D. geschätzt werden könne. Deshalb „erachteten sie es im Interesse aller Betheiligten, das Schiff zu condemniren, und condemnirten dasselbe als der Reparatur unwerth, damit es schnellestmöglich . . . . für Rechnung, wen es angehe, in öffentlicher Auction verkauft werde." Daß der Schiffer, sofern er gegen die Gültigkeit dieses Ausspruches nichts Wesentliches einwenden konnte, sich demselben gemäß verhalten mußte, und wenn er im Gegentheil auf die Zufuhr von Masten gewartet und überhaupt eine Re-

Digitized by Google

paratur des Schiffes unternommen hätte, sich der größten Verantwortung ausgesetzt haben würde, ist so einleuchtend, daß es keiner Ausführung bedarf.

Die Beklagten haben gleichwohl die Nothwendigkeit der Versteigerung des Schiffes zu St. Thomas in Abrede gestellt, weil sie jenes beschworene Gutachten sowohl in formeller Hinsicht, als in Betreff seines Inhaltes, nicht für gültig und richtig anerkennen wollen. Die dafür aufgestellten Gründe sind jedoch keineswegs zu billigen.

Sie haben nämlich eingewendet, daß es den Ausstellern des Gutachtens an der erforderlichen öffentlichen Autorisation gefehlt habe, indem sie nur von Overmann & Schön erwählt worden seien. Dieser Einwand würde nun allerdings viel für sich haben, wenn es zu St. Thomas wirklich Personen gäbe, die zur Vornahme von Besichtigungen und Begutachtungen der in Frage stehenden Art öffentlich angestellt und verpflichtet wären. Dies läßt sich aber nicht annehmen, da die Beklagten es nicht einmal behauptet, vielweniger nachgewiesen haben, obgleich sie dazu eine besondere Veranlassung in den Entscheidungsgründen des Handelsgerichts finden mußten, indem ihnen dadurch vorgehalten wurde, wie sie nicht behauptet hätten, daß in ähnlichen Fällen zu St. Thomas anders, als in dem gegenwärtigen, verfahren sei. Auch hatten sie durch ihre Erfahrung und dadurch, daß sie eigene Bevollmächtigte in St. Thomas haben, Gelegenheit genug, ihren Einwand gehörig zu begründen und zu unterstützen, wenn sich wirklich behaupten ließe, daß zu St. Thomas öffentlich angestellte Personen vorhanden seien, deren Gutachten einzuziehen gewesen wäre. Dazu kommt nun, daß der Kläger eine gleichfalls im Jahre 1837 aufgenommene Besichtigungsacte ähnlicher Art vorgelegt hat, welche auch nicht von öffentlich angestellten, sondern von privatim erwählten Männern herrührte, und doch von Bergeest & Comp. in ihrer Qualität als Agenten der hamburgischen Asseeuradeurs anerkannt und unterzeichnet wurde.

In Ermangelung öffentlich angestellter Personen war

Digitized by Google

es nun die Sache des Schiffers und seiner Assecuranten „durch kundige Leute ein beeidigtes Attestat aufzunehmen;“

arg. der Hamburgischen Assecuranz-Ordnung Tit 11. Art. 6.

sie mußten sachkundige Männer zur Besichtigung und Begutachtung herbeiziehen. In dieser Hinsicht ist ihnen aber nichts vorzuwerfen, da den erwählten drei Männern Qualitäten beigelegt sind, welche ihre Sachkunde verbürgen; es waren dies nämlich der Schiffscapitain Toosbuy, der Besichtiger der St. Thomas Assecuranz-Compagnie und Hafenmeister Kjear und der Schiffszimmermeister Daniel. Gegen die Persönlichkeit dieser Männer ist von den Beklagten auch Nichts erinnert worden, und es sind die beiden zuletzt Genannten überdies in dem vorhin angeführten Besichtigungsfall des Jahres 1837 ebenfalls zugezogen, wobei ihnen in der schon erwähnten Unterschrift der Agenten der hamburgischen Assecuradeurs das Zeugniß ertheilt wurde, daß sie zur Beurtheilung der in Frage stehenden Gegenstände tüchtig und competent seien. Die Entscheidung jener drei Männer mußte also unter den damaligen Umständen befolgt werden, weshalb es nicht nöthig ist, noch erst auf die Fragen einzugehen, ob die von den Sachverständigen angegebenen Gründe, wodurch sie zu ihrem Ausspruche bewogen wurden, mit Recht oder mit Unrecht von den Beklagten kritisirt worden sind, und ob nicht die Beklagten dennoch verantwortlich sein würden, wenn auch der Schiffer selbst, oder Overmann & Schön auf St. Thomas, an welche er sich in Folge der Addresse des Klägers gewendet hatte, in der Wahl der Sachverständigen und in der Befolgung ihres Ausspruches gefehlt haben sollten.

Die Beklagten haben sodann dagegen, daß die zu Bco. ℔ 40,000 in der Police angesetzte Taxe des Schiffes Henriette der Dispache zum Grunde gelegt worden, noch die beiden besondern Gründe aufgestellt:

1. daß die von den Sachverständigen in St. Thomas als Basis ihrer Condemnation angenommene Schätzung des

nach der Reparatur dem Schiffe beizulegenden Werths von 11,000 D. eben deshalb, weil die Condemnation dadurch veranlaßt worden sei, auch bei der Berechnung der Havarie zum Grunde gelegt werden müsse, und

2. daß überhaupt der Werth des Schiffes in der Police zu hoch taxirt und angesetzt worden sei.

Zu 1. hat es auch allerdings einigen Schein für sich, wenn sie

a. sagen, ein und dasselbe Schiff könne doch nicht zu gleicher Zeit D. 11,000 und Bco.ℳ 40,000 werth sein, und wenn sie

b. ferner vermeinen, daß die Sachverständigen, wenn sie auf die Taxe des Schiffes in der Police Rücksicht genommen hätten, das Schiff nicht condemnirt, sondern sich für die Reparatur desselben, welche nach ihrer Schätzung für D. 9500 hätte beschafft werden können, erklärt haben würden.

Allein

zu a. läßt es sich sehr wohl denken, daß ein Schiff zu Hamburg anders geschätzt wird, als zu St. Thomas, und daß der künftige nach der Reparatur wieder eintretende Werth eines entmasteten und auch sonst schwer beschädigten Schiffes nicht ebenso beurtheilt wird, als man über den Werth desselben Schiffes da und dann urtheilt, wo und wann es nach seiner Ausrüstung zur Abreise segelfertig liegt. Die Sachverständigen konnten nun aber nur davon ausgehen, was künftig das Schiff in St. Thomas, und nach einer Reparatur so, wie solche dort zu erreichen sein würde, werth sein mögte; was freilich, wenn man auf die vom Kläger beigebrachten Atteste über den Erfolg der nachher wirklich beschafften Reparaturen des Schiffes sieht, zu keinem hohen Anschlage führen kann.

Zu b. läßt sich aber auch gar nicht behaupten, daß die Sachverständigen, wenn sie gewußt und bedacht hätten, daß der Schaden nach der Taxe in der Police von Bco.ℳ 40,000 berechnet und ersetzt werden müsse, sich nicht für den

Digitized by Google

Verkauf des Schiffes, sondern für die Reparatur desselben ausgesprochen haben würden, oder daß die Beklagten sich wirklich besser gestanden hätten, wenn dasselbe nicht verkauft, sondern auf ihre Kosten reparirt worden wäre; indem schon der Umstand allein hier völlig entscheidend ist, daß die Sachverständigen, indem sie die Reparatur zu D. 9500 schätzten, ausdrücklich hinzusetzten: „ungerechnet was zur Reparatur des Bodens erforderlich sein mögte, welcher letztere nicht hat untersucht werden können ꝛc.;“ und daß nach den in der Verklarung angegebenen Umständen doch nicht bezweifelt werden kann, daß auch der Boden des Schiffes erhebliche Beschädigungen erlitten hat.

Überhaupt steht diesem ganzen Einwande noch der Grund entgegen, daß man durch solche Argumentationen die bestimmte Vorschrift des mehrerwähnten Art. 5, daß in einem Falle der vorliegenden Art die in der Police taxirte Summe gelten solle, nicht unwirksam machen kann.

Zu 2. dagegen würde freilich der Einwand der Beklagten, daß die Taxe in der Police zu hoch angesetzt sei, nicht unbeachtet bleiben können, wenn mit scheinbaren Gründen und unter bestimmten Angaben eine beträchtliche Überschätzung zur Zeit der geschlossenen Versicherung wirklich behauptet worden wäre. Denn in einem solchen Falle kann dem Versicherer, ungeachtet des sowohl in der hamburgischen Assecuranz-Ordnung, als in der Police selbst, der Taxe zugesicherten Schutzes, der Beweis der Überschätzung nicht abgeschnitten werden. Allein Alles, was die Beklagten in ihrer Exceptionalhandlung in erster Instanz über diesen Punkt vorgebracht haben, besteht in den flüchtig hingeworfenen Worten: „daß man eventualiter nach den vorliegenden Umständen die Einrede der übersetzten Taxe opponire, und daß das Schiff auch in Hamburg keine Bco. ℳ 40,000 werth gewesen sei.“ Diese vage Äusserung kann um so weniger jetzt noch beachtet werden, da sie durch die Wendung womit die Beklagten ihrer duplicando wieder erwähnt haben, als aufgegeben betrachtet werden muß, zumal da die

Digitized by Google

Beklagten auch in zweiter Instanz nicht auf jenen ursprünglichen Einwand zurückgekommen sind, und eventuell nicht verlangt haben, zum Beweise der Überschätzung zugelassen zu werden.

Der Kläger hat seinerseits für den Fall, daß kein Total-Verlust angenommen werden sollte, gegen die Dispache folgende Einwendungen vorgebracht.*)

Wenn die Beklagten endlich noch verlangen, daß von der gesammten Schadenssumme, sie möge nun zur großen oder zur particulären Havarie gerechnet werden, ein Drittel für den Unterschied zwischen Alt und Neu abgerechnet werde, so ist ihnen hierin nicht beizustimmen. Denn jener Abzug ist nur dann zulässig, wenn die Havarie mittelst Bezahlung der taxirten oder wirklich aufgewandten Reparaturkosten vergütet wird, und läßt sich in dem Falle, da der Schaden nach der Taxe des versicherten Casco in der Police zu ersetzen ist, nicht anwenden; weil derselbe bloß darauf beruht, daß man annimmt, ein Schiff erhalte durch die Reparatur einen höheren Werth in den reparirten Theilen, als dieselben vor dem Unfall hatten. Dieser Grund fällt offenbar in einem Falle, wie der vorliegende ist, hinweg,

*) Die Einwendungen der Beklagten und deren Beurtheilung von Seiten des Ober-Appellationsgerichts bieten kein allgemeines Interesse dar. — Es handelte sich bei denselben besonders um die Frage, ob daß Schiff gestoßen habe, weil nach den damals gültigen Assecuranz-Bedingungen die Versicherer nur die Hälfte der Particulair-Havarie zu vergüten brauchten, wenn das Schiff nicht gestoßen hatte. — Letzteres nahm das Ober-Appellationsgericht an. Freilich hatte die Mannschaft Stöße gefühlt, verursacht durch ein Erdbeben, welches stoßweise auf das Wasser gewirkt hatte; allein zur Annahme jener Assecuranz-Bedingung wurde für erforderlich erachtet, nicht daß das Schiff gestoßen sei, sondern daß es gestoßen habe, nämlich daß es mit Heftigkeit den Grund berührt haben müße.

Digitized by Google

wenn nämlich das Schiff nicht reparirt, sondern condemnirt und deshalb verkauft wird.

Benecke, Treatise on the principles of indemnity in marine insurance (1824) p. 459.

Daß übrigens in einer so verwickelten Sache die Kosten aller drei Instanzen zu vergleichen waren, bedarf keiner besonderen Erläuterung.

25.

Proc. Stichtenoth mand. nom. der Wittwe und Kinder des verstorbenen **S. G. H. Möller** zu Salzwedel, dann zu Foth in Ungarn, Kläger, gegen **Gotthelf Christian Hartig**, später gegen dessen Wittwe und Erben, Beklagte.

Usurae ultra alterum tantum. Das Niedergericht hatte in einem am 11. Mai 1838 in obiger Sache abgegebenen Erkenntnisse den Klägern Prozeßzinsen zu 6 % pro Anno, seit dem Klagetage, dem 22. August 1818, also ungefähr 118 %, auf den adjudicirten Belauf zugesprochen, das Obergericht das Maaß der Zinsen auf das alterum tantum beschränkt. — Diese Entscheidung confirmirte das Ober-Appellationsgericht, indem es von der Ansicht ausging, daß von dem Verbote der usurae ultra alterum tantum keine Ausnahme irgend einer Art gemacht werden dürfe.*)

*) Eine dem Gläubiger günstigere Ansicht, wenigstens insofern es auf das gemeine Recht ankommt, hat das Ober-Appellationsgericht später adoptirt, daß nämlich, vom Zeitpunkte der Klagstellung, ja selbst solcher Acte an, welche der Klagstellung in der Wirkung hier gleich zu achten seien, Zinsen unbeschränkt gefordert werden dürften. Erkenntniß in Austrägalsachen der Königl. Hannoverischen Regierung gegen die Fürstlich Lippesche Regierung. November 1854.

Digitized by Google

Aus den Entscheidungsgründen zum Ober-Appellationsgerichtlichen Erkenntnisse vom 30. April 1840.

Das obergerichtliche Erkenntniß vom 3. Februar 1840, welches das Recht der Appellanten hinsichtlich der Verzugszinsen dahin beschränkt hat, daß die Appellaten dazu nur bis zum Belaufe des alterum tantum schuldig sein sollen, wird durch die klare Vorschrift der im Erkenntnisse auch angeführten Gesetze

l. 10 und l. 27. § 1. C. de usuris. 4. 32

und nicht weniger durch

l. 26. § 1. D. de cond. indeb. 12. 6

l. 4. § 1. D. de nautico foen. 22. 2

gerechtfertiget, indem darin — namentlich in der l. 27. C. cit. — die allgemeine Regel ausgesprochen wird, daß in allen Fällen, in welchen Zinsen gefordert werden, diese nicht über das Doppelte gefordert werden sollen, wobei zugleich eine gewisse namhaft gemachte, zur Zeit der Erlassung der l. 27 in Folge früherer Gesetze noch bestehende Ausnahme aufgehoben ward, was zum deutlichen Beweise dient, daß von nun an von dem Verbote durchaus keine Ausnahme weiter geduldet werden solle. Es ist daher der Fall, wo die in Rede stehenden Zinsen (Verzugszinsen) während der Dauer des Prozesses so hoch angeschwollen sind, ebenfalls für unter dem allgemeinen Verbote begriffen zu achten.

Diese Ansicht ist auch, wenngleich ältere Juristen hin und wieder, wiewohl unter Modificationen, der entgegengesetzten Meinung waren,

Mevius, decis. P. VII. Dec. 4.

Pufendorf, obs. T. I. obs. 14. § 6—9.

jetzt als die allgemein angenommene anzusehen, und gleichfalls vom Ober-Appellationsgerichte in einem vorgekommenen Rechtsfalle befolgt worden.

Von den Gegengründen, welche der Appellant, besonders um die Unanwendbarkeit des Verbots in hamburgi-

Digitized by Google

schen Rechtssachen zu zeigen, angeführt hat, bedürfen nur nachfolgende einer Erwähnung. Er behauptet,

1. daß in Hamburg die Verzugszinsen für eine verfallene, nicht bezahlte Schuld, mit alleiniger Ausnahme von Wechselschulden, nicht von dem Tage des außergerichtlichen Verzuges zu laufen anfingen, sondern erst von dem Tage der angestellten Klage an gefordert werden könnten, was nach römischem Rechte nicht der Fall sei; und daß demnach der Grund des römischen Gesetzes wegfalle, da ein Creditor, der wegen einer fälligen Forderung seinem Debitor mehr Zeit giebt, als er nöthig hat, und mit der gerichtlichen Klage lange Anstand nimmt, wenn dann die Zinsen über das alterum tantum anschwollen, den durch jenes Verbot für ihn entspringenden Schaden lediglich sich selbst zuzuschreiben habe. Allein abgesehen davon, daß die vorausgesetzte Behauptung selbst unerwiesen ist, was dahin gestellt bleiben kann, würde daraus noch nicht die Unanwendbarkeit des Verbots selbst folgen, sondern nur, daß die Fälle, wo dasselbe eintritt, in Hamburg weniger vorkommen werden.

Wenn Appellant

2. geltend macht, daß bei den Römern ein Prozeß nicht so lange gedauert habe, daß die Verzugszinsen während des Prozesses so hoch hätten anschwellen können, daher bei Erlassung des Verbots nicht an einen solchen Fall gedacht sei, so widerlegt sich dieses Argument — anderer Gründe nicht zu gedenken — schon durch Dasjenige, was im römischen Rechte von der 40jährigen sogenannten praescriptio litispendentiae verordnet wird; woraus zu ersehen ist, daß Fälle der längeren Dauer eines Prozesses dadurch, daß die Partei ihn liegen ließ, vorgekommen und berücksichtigt worden sind.

3. führt der Appellant an, daß das Verbot nur auf rückständige Zinsen geht, wohin solche Zinsen nicht zu rechnen seien, zu welchen der Kläger vor angestellter Klage noch kein Recht hatte, und die erst im Laufe des Prozesses entstehen, wie hier, wo die dem Appellanten zuerkannte Ca-

Digitized by Google

pitalsumme erst durch das Endurtheil bestimmt worden ist. Dagegen ist jedoch entscheidend, daß nach deutlicher Bestimmung der l. 10. C. cit. es auf die Zeit der Zahlung ankommt, und wenn zu dieser die Zinsen die Summe des Capitals überschreiten sollten, nicht mehr als dieser Betrag gezahlt werden soll.

4. legt der Appellant ein besonderes Gewicht darauf, daß in den hamburgischen Statuten P. II. Tit. 1. Art. 4. die Verzugszinsen auf 6% für ein jedes Jahr, ohne Beschränkung auf das Doppelte, festgestellt worden sind, auch dem Gläubiger die Befugniß ertheilt ist, anstatt der 6% Zinsen das Interesse zu fordern und „diesfalls auf ein Mehreres sonderlichen Beweis zu führen." Den Fall eines höheren Interesses findet der Appellant aber hier vorhanden, weil der verstorbene Möller durch die Vorenthaltung der eingeklagten Summe zum Concurs und an den Bettelstab gebracht, auch zur Auswanderung genöthigt worden sei.

Allein wenn in einem neueren Gesetze ein gewisser allgemeiner Grundsatz des bisherigen Rechts wiederholt ausgesprochen ist, ohne die hinsichtlich desselben geltenden sonstigen Modificationen zu wiederholen, so folgt aus diesem Stillschweigen keineswegs, daß nun diese Modificationen hinwegfallen, mithin kann auch nicht angenommen werden, daß durch den gedachten Artikel, wo die Verzugszinsen auf 6% für jedes Jahr bestimmt sind, mit der Befugniß des Gläubigers, ein höheres Interesse zu fordern, die anderweiten Vorschriften aufgehoben sein sollten, welche sich in der

l. 10. und l. 27. § 1. C. de usuris 4. 32

sowie in der

l. un. C. de sent. quae pro eo quod int. 7. 47

finden, welche letztere in allen den Fällen, qui certam habent quantitatem — und dahin ist hier die Forderung des Klägers offenbar zu rechnen — verbietet, das Interesse höher als auf das Doppelte anzuschlagen. Daher kann denn die dem Gläubiger im Art. 4 gegebene Befugniß nie

Digitized by Google

dahin führen, die Verzugszinsen über das Doppelte hinaus zu fordern; wie solches auch bereits von den älteren Commentatoren über jenen Artikel

Thesaurus jur. prov. P. I. p. 1000. P. II. p. 168

bemerkt worden ist.

26.

Jacob Rothschild, Adcitant, gegen **Recha Rothschild**, Adcitatin, zur Sache des Ersteren, Klägers, gegen **Moses Levin Rothschild**, als Executor testamenti defuncti **Levin Jacob Rothschild**, Beklagten.

Zeugniß. Pflicht zur Ablegung desselben. Das Recusations-Recht der Geschwister (und Verwandten des dritten Grades) wird dadurch nicht aufgehoben, daß der Ablehnende mit beiden streitenden Theilen gleich nahe verwandt ist. — — Bei der Beurtheilung der Frage, ob „Andere bei der Sache nicht gewesen und ob die Wahrheit nicht anders könne erkundiget werden," muß der Producent bis auf Weiteres den von ihm ausgegangenen Zeugen-Vorschlag und den Inhalt der aufgestellten Artikel wider sich und für den Recusanten gelten lassen. — Die Möglichkeit der Eideszuschiebung kommt zu Gunsten des Recusanten nicht in Betracht.

— — Sollte es sich nach Eröffnung des Zeugen-Rotuls zeigen, daß die vernommenen Zeugen über das zu beweisende Factum oder einzelne Theile desselben keinen genügenden Aufschluß gegeben hätten, oder sollten im Verlaufe der weiteren Verhandlungen nachträglich specielle Punkte zum Beweise verstellt werden, so würde das Recht des Beweisführers, das Zeugniß zu verlangen, wiederum wirksam werden können.

— Glaubwürdigkeit der Zeugen. Wenn ein Zeuge in gleicher Weise mit beiden Theilen verwandt ist oder sonst in näherer Verbindung steht, so ist kein Grund dazu vorhanden, eine verminderte Glaubwürdigkeit desselben anzunehmen.

Digitized by Google

Neue Zeugen. Nach der Vorschrift des hamburgischen Particular-Rechtes ist es den Parteien freigelassen, in zweiter Instanz selbst post apertos rotulos neuer Zeugen sich zu bedienen.*)

Aus den Entscheidungsgründen zum Ober-Appellationsgerichtlichen Erkenntnisse vom 14. Mai 1840.

Da im hamburger Stadtrechte

P. I. Tit. 28. Art. 5.**)

ganz klar und deutlich verordnet ist, daß Geschwister sich des Zeugnisses entschuldigen und dazu nicht gezwungen werden können; die Appellantin aber eine Schwester der streitenden Theile ist, so kommt es nur darauf an, ob diese Regel vielleicht aus besonderen Gründen hier keine Anwendung leide.

In dieser Beziehung ist

1. darauf Gewicht gelegt worden, daß die Appellantin mit beiden Theilen gleich nahe verwandt sei. Allein abgesehen davon, daß im Gesetze selbst eine solche Ausnahme gemacht worden ist, so kann sie auch nach der Absicht und dem Zwecke des Gesetzes nicht für zulässig erachtet werden, vielmehr muß man die Entschuldigung des Zeugen um so gewisser zulassen, wenn er nicht bloß mit dem Producten,

*) Vgl. oben den Fall No. 16. Amelung gegen Stern und die in der Note zu S. 109 enthaltenen Citate.

**) Der Artikel lautet, nachdem im vorangegangenen Art. 4 vorgeschrieben ist, daß Ältern und Kinder, ferner Eheleute, für und gegen einander zum Zeugniß weder genöthigt, noch zugelassen werden sollen, folgendermaaßen:

Art. 5. Andere Bluts-Freunde, die einander in dem dritten Grade verwandt sind, können sich des Zeugnisses entschuldigen und dazu nicht gezwungen werden: es wäre denn, daß Andere bei der Sache nicht gewesen und die Wahrheit nicht anders könnte erkundiget werden. Wenn sie aber gutwillig Zeugniß geben wollen, können sie zugelassen werden.

Digitized by Google

sondern auch mit dem Producenten in demselben, zur Zeugnißweigerung berechtigenden Grade verwandt ist. Denn der Grund, weshalb solche Verwandte, als die Appellantin, von der allgemeinen Verpflichtung, vor Gericht als Zeugen aufzutreten, dispensirt werden, sofern sie sich nicht freiwillig dazu entschließen, besteht darin, daß sie mit dem Familiengliede, gegen welches sie zeugen sollen, durch ihre Aussage in ein unangenehmes Verhältniß gerathen würden. Dieser Grund tritt eben dann ganz unfehlbar ein, wenn der Zeuge mit beiden streitenden Theilen in gleichem Grade verwandt ist, weil sein Zeugniß in diesem Falle nothwendig dem einen oder dem andern zum Nachtheil gereichen muß.

Offenbar ist auch der Einwand nur entstanden aus einer Verwechselung der Frage, ob ein nahe verwandter Zeuge sich entschuldigen könne, mit der davon ganz verschiedenen Frage, ob ein naher Verwandter des Producenten als ein zulässiger Zeuge anzusehen, oder ob der Product der Zulassung eines solchen Zeugen zu widersprechen befugt sei? Bei dieser letzten Frage wird die Sache freilich dadurch verändert, daß der Zeuge mit dem Producten eben so nahe verwandt ist, als mit dem Producenten, weil dies Verhältniß in der Regel die sonst eintretende Besorgniß der Parteilichkeit des Zeugen wieder aufhebt,

arg. L. 67. § 1. D. de ritu nupt. (23, 2.)

Da nun, wie gedacht, die eigene Weigerung des Zeugen auf einem ganz anderen Fundamente beruhet, und durch dessen gleich nahe Verwandschaft mit beiden Theilen sogar noch verstärkt wird, so kann dies Verhältniß nicht dahin führen, den Zeugen gegen seinen Willen zur Ablegung des verlangten Zeugnisses schuldig zu erkennen.

Dagegen hat

2. das Stadtrecht selbst a. a. O. die Befugniß naher Blutsfreunde, sich des Zeugnisses zu entschuldigen, durch die Worte beschränkt: „es wäre denn, daß Andere bei der Sache nicht gewesen und die Wahrheit nicht anders könnte

Digitized by Google

erkundigt werden." Demnach kommt es darauf an, ob, oder in wiefern, der Appellat sich auf diese Beschränkung stützen könne?

Wenn nun die Appellantin dies schon deshalb ablehnen will, weil dem Appellaten in dem Prozesse mit seinem Bruder die, von ihm auch wirklich reservirte, Eidesdelation zu Gebote stehe, so ist ihr hierin nicht beizupflichten. Denn theils passen schon die gedachten Worte des Statuts nicht auf eine Erledigung der Sache durch Eideszuschiebung, sondern gehen hauptsächlich auf Zeugenkundschaft hinaus, theils würde auch jene Beschränkung in Betreff der Ablehnung des Zeugnisses fast gänzlich aufgehoben werden, wenn man zu ihrer Beseitigung schon die Möglichkeit der Eidesdelation über den Beweissatz für genügend halten wollte, da im Civilprozesse fast immer zu diesem Beweismittel gegriffen werden kann.

Erheblicher ist es, daß, wie die Appellantin ferner einwendet, der Appellat noch 6 andere Zeugen denominirt hat; denn man muß ihr in so weit Recht geben, daß nach den Verhältnissen von vier dieser Zeugen, und nach Inhalt der zum Behuf ihrer Vernehmung eingereichten Artikel die höchste Wahrscheinlichkeit vorhanden ist, es werde diejenige Wahrheit, worauf es jetzt ankommt, auch ohne das Zeugniß der Appellantin erkundigt werden können.

Jene vier Zeugen sind nämlich ꝛc. und den Umständen nach muß man vermuthen, daß jene, theils in so nahem Verhältnisse zur verstorbenen Mutter befindlich gewesenen, theils bei ihrem Nachlasse so wesentlich interessirten Personen über Dasjenige, worauf es jetzt ankommt, genügende Auskunft werden geben können, oder vielmehr schon gegeben haben, denn sie sind sämmtlich bereits abgehört worden.

Dazu kommt nun der entscheidende Umstand, daß jene vier Zeugen, nach dem Directorium des Appellaten, über dieselben wesentlichen Artikel, worüber die Appellantin ebenfalls vernommen werden sollte, abgehört worden sind. Dadurch hat der Appellat selber seine Vermuthung zu erkennen

Digitized by Google

gegeben, daß sie von demjenigen, worauf es jetzt ankommt, Kenntniß haben und darüber Zeugniß ablegen können. Außerdem sind die drei Zeugen, Test. 4, 5 und 6 auch noch darüber vernommen worden, daß u. s. w. — Ist Dies wahr, und dafür muß es doch der Appellat, welcher die betreffenden Artikel aufgestellt hat, unfehlbar halten, so müssen jene Zeugen, die Vormünderin der gedachten Kinder, und die Assistenten bei solcher Vormundschaft, es nothwendig wissen, und sofern sie es bezeugen, dürfte dadurch allein schon der dem Appellaten obliegende Beweis genügend erbracht sein.

Demnach kann man, so wie die Sache jetzt liegt, noch nicht sagen, daß die Wahrheit nicht anders als durch das Zeugniß der Appellantin erkundigt werden könne. Zwar mag der Appellat wohl mit Recht behaupten, daß sie über einzelne Gegenstände des mütterlichen Nachlasses, oder einzelne Punkte der Behandlung desselben, genauere Kenntniß habe, als die übrigen Zeugen, allein darauf, und namentlich auf die einzelnen Bestandtheile dieses Nachlasses kommt es für jetzt noch nicht an.

Dennoch ist es möglich, daß durch die künftige Eröffnung des Zeugenrotuls kein Aufschluß darüber erlangt wird, ob der Beklagte den Nachlaß seiner Mutter, oder einen Theil davon an sich genommen habe? Und ganz besonders läßt es sich denken, daß bei der weiteren Verhandlung der Hauptsache noch specielle Punkte zum Beweise des Appellaten verstellt werden, worüber Niemand Zeugniß ablegen kann, als die Appellantin. In beiden Fällen würde aber der Appellat nach der angeführten Stelle des Stadtrechtes wohl befugt sein, ihr Zeugniß zu verlangen. Denn so viel den ersten Fall anbetrifft, so hat zwar das hamburgische Particularrecht die Vorschrift der

Clement. 2. de testibus. (2. 8.)

für die Verhandlung in erster Instanz durch die Bestimmung, daß nach Eröffnung der Beweisung die Parteien zu einigem ferneren Zeugniß über dieselben Artikel nicht zugelassen

werden sollen, deutlich genug angenommen, allein theils läßt sich noch wohl daran zweifeln, ob diese Bestimmung auch auf den vorliegenden besonderen Fall angewendet werden könne, theils verhält es sich auch jedenfalls anders in Betreff der zweiten Instanz, indem es in dieser Instanz ausdrücklich beiden Theilen gestattet ist, falls sie noch weiterer Beweisung bedürften, dieselbe durch Zeugen über die vorigen oder andere Artikel zu führen.

Stat. I. 37. 7.

Die Möglichkeit des zweiten Falles, daß nämlich künftig in demselben Streite zwischen dem Kläger und dem Beklagten noch andere Punkte, worüber die Wahrheit nicht anders als durch das Zeugniß der Appellantin zu erkundigen sein dürfte, zum Beweise des Klägers verstellt werden könnten, leuchtet von selbst ein, wenn man nur bedenkt, daß es demnächst gar leicht auf den Beweis über einzelne Bestandtheile des mütterlichen Nachlasses oder auf besondere Handlungen des Beklagten in Betreff desselben ankommen kann, und daß die Appellantin lange, insbesonders aber zu der Zeit da die Mutter im Hause des Beklagten gestorben ist, bei ihm gewohnt hat.

Es konnte daher der Appellat nicht so unbedingt und für immer des Zeugnisses der Appellation verlustig erklärt werden, als im Urtheil des Niedergerichts geschehen ist, sondern es war ihrer Entschuldigung nur für jetzt, und mit dem, in das Urtheil aufgenommenem Vorbehalte Statt zu geben,

daß für den Fall, da sich künftig die Nothwendigkeit auf ihr Zeugniß zurückzukommen, ergeben sollte, dem Kläger quavis competentia vorbehalten bleiben.

Digitized by Google

27.

Doctores C. H. L. Brinckmann und **C. W. Harder**, als Vormünder der minderjährigen **Christiane Friderike Schmidtholz**, Kläger, gegen **Dr. Ebeling** mand. nom. der Wittwe und Erben des verstorbenen **Cramm**, Beklagter.

Alimentationspflicht des pater naturalis. Übergang dieser Verbindlichkeit auf die Erben desselben. Die schon gemeinrechtlich anzunehmende Alimentationspflicht des pater naturalis in Betreff außerehelich erzeugter Kinder hat in dem hamburgischen Statutar-Rechte eine ausdrückliche gesetzliche Anerkennung gefunden.

— — Diese Pflicht beruht, weder insofern man die Behandlung der liberi naturales im römischen Rechte, noch diejenige der unehelichen Kinder im deutschen Rechte berücksichtigt, auf der Annahme eines Verwandschafts-Verhältnisses. — Als das Fundament derselben ist die Thatsache der Erzeugung anzusehen, in welcher ohne Weiteres die Nothwendigkeit, das erzeugte Kind zu ernähren, begründet ist.

— — Die auf diese Weise bewirkte, nicht auf lediglich persönlichen Beziehungen beruhende Vermögens-Verbindlichkeit des Erzeugers gegen das Kind geht, wie jede andere wahre Obligation, auf die Erben des Erzeugers über.

— — Ältere Stadt- und Landrechte und neuere Gesetzbücher stimmen mit dem Vorstehenden überein. Auch die Mehrzahl der Schriftsteller.

— Vulgo quaesiti. Die exceptio plurium constupratorum ist selbst dann für unwirksam zu halten, wenn die Mutter des Kindes corpore quaestum fecit.

Niedergerichtliches Erkenntniß
vom 6. Juli 1838.

Erkannt:

da es auf die Lebensweise der Mutter des von den Klägern vertretenen Kindes nicht ankommt, indem die Praxis, in Beziehung auf das Verhältniß des Kindes wenigstens, keinen Unterschied zwischen spuriis und vulgo quaesitis

Digitized by Google

macht, sondern sie sämmtlich in ihrem Verhältniß zum Vater den römischen naturalibus gleichstellt; da nun aber die Verpflichtung des Vaters, sein uneheliches Kind zu alimentiren nur in einem durch die Praxis an den meisten Orten und so auch in Hamburg entstandenen Gewohnheitsrechte begründet ist, indem das, eigentlich an ganz andere Bedingungen geknüpfte Verhältniß der liberorum naturalium zu ihrem unehelichen Vater auf alle unehelichen Kinder übertragen wurde; da, wenn sich eine solche dem Vater auferlegte Alimentationspflicht bei der als so nahe angenommenen Verwandtschaft aus Gründen der Billigkeit gewiß durchaus rechtfertigen läßt, eine Ausdehnung dieser Pflicht auf die Erben des Vaters, eine Ausdehnung, die sich nur ausnahmsweise in einzelnen Fällen bei den liberis naturalibus findet, und sonst ganz in der Regel nicht einmal bei einer ehelichen Verwandschaft eintritt, cf. l. 5. § 2. 17. de agn. et alend. lib. (25, 3) sich aber weder aus positiven noch aus practischen Rücksichten rechtfertigen läßt, namentlich in einem Falle wie der vorliegende, wo erst nach dem Tode des angeblichen Vaters ein Anspruch geltend gemacht worden, der schon bei seinen Lebzeiten entstanden war; da auch die Behauptung, daß die Verpflichtung des unehelichen Vaters auf dessen Erben — bei denen ein verwandtschaftliches Verhältniß mit den unehelichen Kindern des Erblassers nie angenommen wird, wie denn auch keine gegenseitigen Erbrechte existiren — übergehe, weil sich diese Alimentationspflicht auf ein delictum gründe, als unhaltbar erscheint, indem, wenn auch in der außerehelichen Schwängerung ein unerlaubtes Factum liegt, dennoch das die Alimentation fordernde Kind nicht behaupten kann, daß gegen dasselbe ein delictum begangen sei, dieses letztere aber gewiß zur Begründung einer actio ex delicto gehört; da demzufolge die Einrede der durch den Tod erloschenen Verbindlichkeit als begründet erscheint, indem auch eine früher etwa übernommene contractliche Verpflichtung des Erblassers nicht einmal behauptet worden:

Digitized by Google

daß die tutorio nomine Kläger mit ihrer Klage abzuweisen und den Beklagten die Kosten dieses Rechtsstreits zu erstatten schuldig seien.

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 4. März 1839.
(Auf klägerische Appellation.)

Erkannt:

da die Pflicht des Schwängerers, das uneheliche Kind zu alimentiren, im art. 28. P. IV. Stat. allgemein ausgesprochen ist, und die ganze Fassung des Artikels, welcher selbst dann, wann der Geschwängerten jeder Anspruch versagt wird, für die Alimentation des Kindes gesorgt wissen will, keinen Zweifel darüber läßt, daß die Alimentationspflicht durch den Tod des Schwängerers nicht erlischt, sondern als eine fortdauernde Verbindlichkeit auf seinem Nachlasse haftet, und daher auf die Erben als solche übergeht:

daß das niedergerichtliche Erkenntniß a quo aufzuheben, und die tutorio nomine Kläger zu dem Beweise zuzulassen seien, daß u. s. w.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß
vom 30. Juni 1840.
(Auf beklagtische Appellation.)

Erkannt:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, Materialien derselben anlangend aber, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Hamburg vom 4. März 1839 lediglich zu bestätigen sei. Die Kosten der gegenwärtigen Instanz werden jedoch gegen einander verglichen und aufgehoben.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe.

Da die Alimentations-Verbindlichkeit des Vaters eines außer der Ehe erzeugten Kindes nach hamburgischem Particular-Rechte an sich keinem Zweifel unterliegt,

Stat. P. IV. Art. 28.

so kommt es bei der Beurtheilung der gegenwärtigen Sache nur auf die Einwendungen an, durch welche die Beklagten die Erfüllung dieser Verbindlichkeit von sich haben ablehnen wollen. Diese sind aber nur folgende zwei:

I. Daß die Mutter der klägerischen Mündel ein eingezeichnetes öffentliches Mädchen gewesen sei, das von einer solchen Person geborne Kind aber keinen Anspruch auf Alimente gegen seinen angeblichen Erzeuger habe, und

II. daß jedenfalls die Erben desselben nicht zu dessen Ernährung gehalten seien.

Soviel nun aber zuvörderst

ad I. den ersten Einwand anbetrifft, so hat das Ober-Appellationsgericht schon wiederholt und namentlich in der hamburgischen Sache Krieg c. Müllerstedt am 8. Octbr. 1828 den Grundsatz befolgt, welcher auch in der neueren Zeit in der Praxis mehr und mehr Eingang gefunden hat, daß durch die exceptio plurium constupratorum der Alimentationsanspruch des Kindes nicht beseitigt werden könne, weil das Fundament dieses Anspruchs in dem Factum der Erzeugung begründet ist, wo dann, wenn solches, der Möglichkeit nach, von mehr als einer Person herrühren kann, der rechtlichen Analogie zufolge,

L. 11. § 2. und L. 51. § 1. D. ad L. Aquil. (9, 2.)

daraus keine Befreiung Aller, sondern eine Verhaftung jedes Einzelnen entspringt. Dies vorausgesetzt ist nun aber das

Digitized by Google

Gewerbe der Mutter des Kindes von keinem Einflusse, indem es in der Natur der Sache liegt, daß das Interesse des Kindes von dem der Mutter getrennt werde, und jenes nicht durch Gründe leide, welche dem eigenen Anspruche der Mutter auf Entschädigung u. dgl. allerdings entgegenstehen, was übrigens auch den Ansichten des Rechtes entspricht, sowohl des gemeinen

L. 11. § 9. D. ad L. Jul. de adult. „non utique crimen adulterii, quod mulieri objicitur, infamiae praejudicat,“

als des hamburgischen Particular-Rechts, welches letztere a. a. O. in Fällen, wo die Mutter aller Ansprüche für ihre Person verlustig ist, doch die des Kindes auf Alimente aufrecht erhält.

Unter diesen Umständen ist nicht nur der Antrag der Beklagten, die Sache zum anderweitigen Erkenntnisse über diese Einrede an das Niedergericht zurück zu verweisen, ganz verwerflich, sondern es kann auch ganz dahin gestellt bleiben, in wieweit die Einrede überhaupt in facto begründet sei, indem aus dem Umstande, daß die Mutter der klägerischen Mündel im Jahre 1832 als öffentliches Mädchen eingezeichnet gewesen, keineswegs folgt, daß sie dies Gewerbe auch um die Zeit getrieben haben müsse, in welche die Erzeugung des Kindes fällt, vielmehr der ganz bestimmten und unter Anführung besonderer Umstände vorgetragenen Behauptung der Kläger, daß sie sich schon seit mehreren Jahren aus jenen Verhältnissen zurückgezogen habe, von den Beklagten keineswegs speciell widersprochen worden ist.

Aber auch

ad II. der fernere, aus der Erben-Qualität der Beklagten entnommene, allerdings viel zweifelhaftere Einwand kann nicht für entscheidend angesehen werden.

Nachdem nämlich, der durch die nothwendige Fürsorge für die Erhaltung der unehelichen Kinder und durch die Billigkeit gebotene, aus der L. 3. C. de alendis liberis (5, 25.) und dem cap. 5. X. de eo qui duxit in matrim.

Digitized by Google

(4, 7.) abgeleitete Grundsatz, daß der Erzeuger eines unehelichen Kindes auch verpflichtet sei, dasselbe zu ernähren, in Hamburg sogar die gesetzliche Sanction erhalten hat, muß es, vermöge des allgemeinen Grundsatzes, daß im Zweifel, und insofern nicht besondere Ausnahmen entgegenstehen, alle Verbindlichkeiten auf die Erben des Verpflichteten übergehen,

Thibaut, System (ed. 8.) § 70.

als sich von selbst verstehend angesehen werden, daß auch für die Erfüllung der hier in Frage stehenden, das Vermögen wie eine Schuld unmittelbar afficirenden obligatio die Erben verhaftet seien, und würde es erst eines besonderen Grundes bedürfen, um eine desfallsige Ausnahme zu statuiren.

Einen solchen Grund wollen nun freilich die Beklagten darin finden, daß sie theils die Alimentations-Verbindlichkeit auf ein verwandtschaftliches Verhältniß zwischen dem Erzeuger und dem Kinde zurückführen, während bei der auf der Verwandtschaft beruhenden Alimentations-Pflicht ein Übergang derselben auf die Erben nicht stattfindet,

L. 5. § 17. D. de agnosc. et al. lib. (25. 3.)

theils annehmen, daß das rein persönliche Verhältniß zwischen dem Vater und dessen unehelichen Kinde sich von selbst mit dem Tode des Ersteren auflöse, weil dann kein Erzeuger mehr da sei.

Allein da von einem rechtlich anerkannten Verwandtschafts-Verhältnisse zwischen dem pater naturalis und dessen unehelichem Kinde weder nach römischem Rechte die Rede sein kann, wo selbst die Concubinen-Kinder den cognatis entgegen gesetzt wurden,

Nov. 89. c. 12. § 4.

noch nach germanischen Rechtsansichten, denen zufolge der Uneheliche in seiner eigenen Familie als ein Fremdling betrachtet ward,

Mittermaier, Grundsätze des deutschen Privat-Rechts. § 385.

Digitized by Google

so ist gewiß nicht anzunehmen, daß man bei der Sanction der Alimentations-Verbindlichkeit eines unehelichen Vaters gerade von dem Principe einer eigentlichen und wahren Verwandtschaft ausgegangen sei. Bedarf es überhaupt eines besonderen Fundaments für diese Verbindlichkeit, so kann dasselbe nur in der Thatsache der Erzeugung gefunden werden, welche sehr natürlich mit sich bringt, daß wer ein Kind in die Welt setzt, es auch ernähren müsse, zumal es sonst dem Staate zur Last fallen würde. Namentlich ist dies dem hamburgischen Statute gemäß, welches die Verbindlichkeit der Alimentation an nichts Anderes knüpft, als an die Erzeugung des Kindes. Dahingegen läuft es auf eine reine petitio principii hinaus, wenn man das Verhältniß zwischen dem Erzeuger und dessen Kinde als ein so persönliches betrachten will, daß die daraus entspringenden Verbindlichkeiten auch mit der Person des Ersteren erlöschen müssen. Denn der Erzeuger fiel auch bei dem römischen liber naturalis mit dessen Tode hinweg, und dennoch gestand ihnen Justinian einen Alimentations-Anspruch gegen die ehelichen Descendenten desselben zu.

Nov. 89. c. 12. § 6.

Im Gegentheile wird durch das Factum der Erzeugung eine Vermögens-Verbindlichkeit gegen das Kind contrahirt, welche, nicht auf besonderen persönlichen Relationen beruhend, gleich jeder andern wahren Obligation auch die Erben des Erzeugers verpflichtet, z. B. gleich der Verpflichtung Desjenigen, der durch seine Schuld den Ernährer einer Familie tödtet und dadurch die obligatio contrahirt, diese zu unterhalten, eine Verbindlichkeit, welche nicht mit seinem Tode erlischt, sondern unbedenklich auch auf die Erben übergeht.

Diese Ansicht findet sich denn auch nicht nur durch eine Anzahl Statute und Particular-Gesetzgebungen, namentlich der neuesten Zeit, ausdrücklich sanctionirt:

Statut des Weichbildes Otterndorf vom Jahre 1541 (bei Pufendorf obs., in append. Tom. II. p. 173.)

Digitized by Google

Landrecht des Butjadinger Landes vom Jahre 1664 (eben daselbst Tom. IV. p. 613.)
Hadeler Landrecht vom Jahre 1671. Th. III. Tit. 16 (ebendaselbst Tom. I. p. 45.)
Lüneburger Stadtrecht. Th. V. Tit. 2 a. E. (ebendaselbst Tom. IV. p. 727.)
Preußisches Landrecht. Th. II. Tit. 2. § 647 ff.
Österreichisches Gesetzbuch vom Jahre 1811. § 171.
Herzoglich Sachsen-Altenburgische Constitution über die fleischlichen Verbrechen vom 7. Juli 1823. Cap. IX. § 59.
Herzoglich Cobburgisches Gesetz, die einfachen fleischlichen Vergehen betreffend, vom Jahre 1825. Abschnitt IV. § 86.

sondern sie hat auch die Autorität der bei weitem größeren Anzahl von Schriftstellern für sich,

Gonzalez-Tellez, Com. perp. Lib. IV. Tit. 7 ad Cap. 5 not. 4 in medio.
Böhmer, J. E. Prot. Lib. V. Tit. 16. § 14.
Quistorp, Beiträge No. 5.
von Bülow und Hagemann, Erörterungen. Th. IV. No. 70. § 2.
Koch, success. ab int. § 32 i. f.
Glück, Erläuterung der Pand. Bd. 28. S. 207.
Duntze im Archiv für civilistische Praxis. Bd. 12. No. 7. § 12 ff.
von Schröter in der Zeitschrift für Civil-Recht und Prozeß. Bd. V. No. 21. p. 312.

obwohl diese Schriftsteller in der Begründung ihrer Meinung freilich sehr von einander abweichen.

Wenn nun hiernach schon die Verbindlichkeit der Beklagten in thesi für begründet angenommen werden muß, so kann die Frage, ob das den Concubinen-Kindern in der Nov. 89. cap. 12 eingeräumte Erbrecht und die damit zusammenhängende Alimentations-Verbindlichkeit nach dem

Digitized by Google

neueren hamburgischen Rechte auch auf andere uneheliche Kinder ausgedehnt worden sei, für jetzt dahin gestellt bleiben, wie auch das Obergericht darauf nicht eingegangen ist.*)

Die Kosten der gegenwärtigen Instanz sind wegen der nicht zu verkennenden Zweifelhaftigkeit der zweiten Frage compensirt worden.

28.

Joh. Christoph Conrad Schreckhase mand. nom. **Jeremias Conrad Hiestrich**, Kläger, gegen **Anna Sophia**, geborne **Hardt**, des verstorbenen **Jacob Conrad Hiestrich** Wittwe, cum. cur., und die Vormünder der beiden Kinder zweiter Ehe desselben, Beklagte.

Erbtheilung zwischen Kindern erster Ehe und einer Wittwe nebst Kindern aus einer zweiten Ehe. Kopftheil der Wittwe? — Rechtsfall. J. C. H. war zweimal verheirathet gewesen. Er hinterließ einen Sohn erster Ehe, welcher vor Eingehung der zweiten Ehe quoad materna abgetheilt worden war, und eine Wittwe nebst zwei Kindern zweiter Ehe. — Der Sohn erster Ehe verlangte von seiner Stiefmutter Auskehrung eines Drittheils des Nachlasses, nachdem selbige zuvor ihr Eingebrachtes vorweg genommen haben würde. — Die Beklagte bestritt das Recht des Klägers, vor ihrem Ableben Theilung zu verlangen. Im Verlaufe der Verhandlungen trat dieser Streitpunkt zurück und es kam nur noch auf die weitere Frage an, ob die mit Kindern aus zwei Ehen concurrirende Wittwe bei der mit den Kindern erster Ehe vorzunehmenden Erbtheilung für sich einen Kopftheil in Anrechnung zu bringen befugt sei. — Das Niedergericht berührte diesen Punkt nicht; das Obergericht entschied ihn bejahend; das Ober-Appellationsgericht verneinend. — — Die Kinder erster Ehe sind unter Umständen, wie die vorbemerkten, berechtigt, ohne Weiteres nach dem Ableben ihres Va-

*) Vgl. (spätere Sammlung) Bd. II. S. 654 ff.

Digitized by Google

ters Auskehrung des ihnen zukommenden Erbtheils aus dem väterlichen Vermögen zu verlangen. Sie können mithin nicht genöthigt werden, mit ihrer Stiefmutter in ungetheiltem Gute zu verbleiben.

— — Der Wittwe (zweiter Ehe) steht in dem hier berührten Falle kein Recht auf einen Kopftheil zu.

— — Das ältere hamburgische Recht (welches übrigens die Abtheilung der Kinder erster Ehe, in Betreff des mütterlichen Vermögens allein, nicht kannte, sondern auch dem Vater völlige Abtheilung der Kinder vorschrieb, Stat. 1292. E 15. 1497. J 17), berücksichtigte im Falle der Concurrenz unabgetheilt gebliebener Kinder erster Ehe mit einer Wittwe und mit Kindern zweiter Ehe die Kopfzahl überhaupt nicht, theilte vielmehr, nachdem die zweite Ehefrau ihr Eingebrachtrs und Angeerbtes vorweg genommen hatte, halbschieblich zwischen den Kindern erster und den Interessenten der zweiten Ehe. (Hiebei erhielten die Letzteren auch eine Quote des Gutes der ersten Ehefrau.) Eine gleiche Theilung fand statt, wenn die Ehefrau sich wieder verheirathet hatte, ohne ihre Kinder abzutheilen, und dann mit Hinterlassung ihres Ehemannes nebst Kindern aus der zweiten Ehe verstarb.*)

— — — Das Lübeckische Recht räumt der Wittwe zweiter Ehe unter den angegebenen Umständen einen Kopftheil ein. — Unthunlichkeit der Anwendung dieser Vorschrift auf das hamburgische Recht.

— — Das Bedenken, daß eine kinderlose Wittwe, welche mit Kindern erster Ehe ihres verstorbenen Ehemannes abzutheilen hat, unter Umständen besser gestellt sein kann, als eine beerbte Wittwe, (z. B. wenn eine große Anzahl von Kindern erster Ehe, und nur ein Kind oder wenige Kinder zweiter Ehe vorhanden sind), wird dadurch aufgehoben oder gemindert, daß die kinderlose Wittwe ihr Vermögen mit zur Theilung zu bringen hat, während die beerbte Wittwe selbiges zu ihrem und ihrer Kinder Besten vorweg nimmt.

— — Bestimmungen verwandter Stadt-Rechte.

— — Eine der obigen Annahme entgegenstehende Autorität der Schriftsteller, oder eine Praxis dieser Art, ist für das hamburgische Recht als vorhanden nicht anzunehmen.

---

*) Vgl. über das Genauere: Trummer, hamburgisches Erbrecht. Bd. 1. S. 487 ff.

Digitized by Google

Niedergerichtliches Erkenntniß
vom 6. Juli 1838.

Erkannt:

da dem klägerischen, auf den Art. 4. tit. 3. P. III. Stat. gegründeten Antrage, welcher auf Auskehrung von einem Drittheil des Nachlasses defuncti J. C. Hiestrich, als eines Kopftheiles für den mit zwei Kindern zweiter Ehe concurrirenden Kläger gerichtet ist, von Seiten der Beklagten eine, jenen Antrag als — wenigstens zur Zeit — unstatthaft zurückweisende Interpretation jenes Artikels opponirt wird, insofern die Beklagten die Ansicht aufstellen, daß die Succession der Kinder in den väterlichen Nachlaß im Art. 4 cit. auf den Zeitpunkt verwiesen sei, „wenn die Kinder zweiter Ehe gleichfalls ihrer Mutter Güter vorausgenommen," welches begreiflich erst nach dem Tode dieser Mutter geschehen könne und dürfe, weshalb bis dahin die Letztere im Besitz und Genuß des gesammten väterlichen Nachlasses geschützt werde; da jedoch dieser Argumentation nicht beizupflichten ist, derselben vielmehr 1. die Erwägung obstirt, daß der Besitz der Wittwe, als Folge der mütterlichen Vormundschaft und der Pflicht, für den Unterhalt und die Erziehung der Kinder zu sorgen, regelmäßig nur hinsichtlich ihrer leiblichen Kinder stattfindet und im Art. 5. tit. 3. P. III. Stat. gleichfalls in unzweideutigen Ausdrücken auf jenes Verhältniß beschränkt, mithin nicht anzunehmen ist, daß in dem vorhergehenden Art. 4 cit. das Gegentheil sanctionirt oder vorausgesetzt sein sollte; da vielmehr 2. die Zeitbestimmung für den Eintritt der Succession der Kinder erster Ehe in den väterlichen Nachlaß, — wobei das anderweite Verhältniß der Wittwe zu ihren eigenen Kindern nicht alterirt wird, — nur in den Worten „nach seinem Tode" zu finden, in der Parenthese „wann dieselben — vorausgenommen" aber nur eine Erläuterung der Worte „zu seinen Gütern", also die bei der Calculation zur Ausmittelung des reinen väterlichen Nachlasses zu beobachtende Norm zu erblicken ist:

Digitized by Google

daß der klägerische Mandant Jeremias Conrad Hiestrich für berechtigt zu erklären, gemeinschaftlich mit seinen beiden Halbgeschwistern in den Nachlaß seines verstorbenen Vaters Jacob Conrad Hiestrich dergestalt zu succediren, daß der dritte Theil des Nachlasses defuncti Hiestrich nach Abrechnung des von der mitbeklagten Wittwe Hiestrich etwa in die Ehe Gebrachten, oder während der Ehe ihr Angeerbten, als ihm erblich angefallen zu betrachten, und auf sein Verlangen ihm auszukehren sei, die Kosten des bisherigen Verfahrens jedoch zu compensiren seien.

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 28. Januar 1839.
(Auf beklagtische Appellation.)

Erkannt:

da der Art. 4. tit. 3. P. III. Stat., auf welchen der Kläger seinen Antrag begründet und den auch das Wohllöbliche Niedergericht hauptsächlich zur Basis seiner Entscheidung genommen hat, bei der Bestimmung, daß die Kinder erster Ehe, denen der Vater bei seiner Wiederverheirathung nur die materna ausgekehrt, mit den Kindern andrer Ehe, wenn dieselben gleichergestalt ihrer Mutter Güter vorausgenommen, zu seinen Gütern in die Häupter succediren sollen, ersichtlich sich nur auf den Fall bezieht, wo die zweite Ehefrau vor dem Vater mit Tode abgegangen ist, und also die Kinder aus beiderseitigen Ehen durch keine sonstige Concurrenz in ihren Ansprüchen beschränkt werden; indem

1. dieses aus der Bedingung hervorgeht, daß die Kinder anderer Ehe ihrer Mutter Güter vorausgenommen haben sollen, wovon bei Lebzeiten der Mutter nicht die Rede sein kann;

2. dasselbe sich aus dem in unseren Rechten obtinirenden Principe ergiebt, daß Alles, was bei der einzugehenden Ehe

in dem Eigenthume eines der beiden Ehegatten sich befindet, dem über die ehelichen Güter herrschenden Gesammt-Verhältnisse anheim falle, wovon bei Auflösung der Ehe durch den Tod eines derselben eine Quote dem Überlebenden gebührt; daher nicht anzunehmen, daß die Wittwe durch jenen Artikel von aller eigenthümlichen Theilnahme an dem ganzen Vermögen ihres verstorbenen Ehemannes habe ausgeschlossen werden sollen.

3. das nämliche Resultat sich noch deutlicher hervorstellt, wenn man die gesetzlichen Bestimmungen für den Fall erwägt, daß aus der zweiten Ehe, welche durch den Tod des Ehemannes aufgelöst wird, keine Kinder vorhanden sind, wo alsdann die Wittwe die Freunde ihres Mannes, wozu auch dessen Kinder erster Ehe gerechnet werden müssen, mit einer Hälfte des Gesammtgutes zu befriedigen hat, so daß, nach der Annahme des Klägers, die Wittwe, welche Mutter von Kindern ist, zu keiner eigenthümlichen Theilnahme an dem Vermögen ihres verstorbenen Ehemannes gelassen würde, während die kinderlose Wittwe, im Ganzen unweit besser gestellt, sich eines bedeutenden Antheils daran erfreuen würde; anstatt daß bei jener Annahme, consequenter Weise, die kinderlose Wittwe den Kindern ihres Mannes gegenüber keinen Antheil daran würde prätendiren dürfen, da diese Letzteren auch bei Lebzeiten der Wittwe nur durch ihre Halbgeschwister beschränkt wären und bei deren Wegfallen die Succession in alle väterlichen Güter müßten ansprechen dürfen.

Da, nach obigen Gründen, der Wittwe im vorliegenden Falle irgend eine eigenthümliche Theilnahme an den Gütern ihres Mannes nicht wird abzusprechen sein, dagegen die Modalität dieser Theilnahme in unseren Gesetzen nirgends bestimmt ist;

da, bei dieser Unvollständigkeit, die Analogie des Lübecker Statutes,*) als eines, dem unsrigen jedenfalls nahe

*) Art. 28. Lib. II. Tit. 2 (siehe unten in den Entscheidungsgründen zu dem Ober-Appellationsgerichts-Erkenntnisse p. 230.)

Digitized by Google

verwandten Rechtssystems, woraus die Ergänzung des, bei unserer Redaction hierin mangelhaft gebliebenen Rechtsideenganges, entnommen werden kann, keinesweges ganz verwerflich erscheint, darin aber sich die Vorschrift findet, daß in Fällen der vorliegenden Art, der Frau eine Theilung mit den ersten und anderen Kindern über den väterlichen Nachlaß nach Hauptzahl zustehe;

da endlich auch, abgesehen davon, daß das Niedergericht vor einigen Jahren schon in diesem Sinne entschieden hat, von jeher nicht nur unter den Rechtsgelehrten, wie verschiedene Abhandlungen beweisen, sondern auch in dem, bei solchen Successions-Fragen betheiligten Publicum, die Meinung, daß hier der Wittwe ein Kopftheil von den Gütern ihres Ehemannes gebühre, sich ausgebildet und erhalten hat, namentlich auch diese Bestimmungs-Art häufig da, wo sich voraussetzen läßt, daß man Dasjenige, was nach der gewöhnlichen Meinung für Rechtens zu achten, aber der gesetzlichen Sanction entbehrt, habe feststellen wollen, in Ehepacten und Testamente aufgenommen und durch Vergleiche adoptirt worden ist, daher in diesem oft vorkommenden, einer der Billigkeit angemessenen Norm bedürfenden Falle eine gewohnheitsrechtliche Festsetzung wohl angenommen werden kann:

daß das niedergerichtliche Erkenntniß a quo vom 6. Juli 1838, hinsichtlich der Theilungs-Art des Nachlasses dahin zu reformiren;

daß auch der mitbeklagten Wittwe ein Kopftheil an dem Nachlasse des verstorbenen Jacob Conrad Hiestrich gebühre, und daher der klägerische Mandant nur für berechtigt zu erklären, gemeinschaftlich mit derselben und seinen beiden Halbgeschwistern, also zum vierten Theile, in den gedachten Nachlaß zu succediren und eine solche Quota nach den sonst in dem gedachten Erkenntnisse enthaltenen Bestimmungen, in Anspruch zu nehmen.

Digitized by Google

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß
vom 11. Juli 1840.
(Auf klägerische Appellation.)

Erkannt:

daß die Formalien der Appellation für gewahrt zu achten, auch, Materialien anlangend, das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Hamburg vom 28. Januar vorigen Jahres wieder aufzuheben, und das Erkenntniß des Niedergerichts vom 6. Juli 1838, unter Compensation der Kosten beider Appellations-Instanzen wieder herzustellen sei.

Entscheidungsgründe.

Daß, abgesehen von einem etwa erst zu erweisenden, den Beklagten günstigen Gewohnheitsrechte, die Rechtsfrage zu Gunsten des Klägers entschieden werden mußte, ergiebt sich aus folgenden Gründen.

I. Sieht man zuvörderst auf Dasjenige, was in dem

Art. 4. Stat. III. 3.

über das fragliche Rechtsprincip gesetzlich vorgeschrieben wird, so ist so viel schon von selbst klar, daß dieser Artikel der überlebenden Wittwe, deren Kinder sich mit Halbgeschwistern aus einer früheren Ehe in den väterlichen Nachlaß theilen, keinesweges einen Kindestheil bei dieser Theilung zugesprochen hat; vielmehr läßt sich nur darüber zweifeln, ob ihr dieser Antheil nicht durch jenen Artikel schon bestimmt abgesprochen werde. Wenn man nämlich

A. von der Voraussetzung ausgeht, jener Artikel habe die Theilung der väterlichen Erbschaft unter Kindern aus zwei verschiedenen Ehen, von denen die Kinder erster Ehe nur erst wegen ihres Mütterlichen abgefunden worden sind, eben sowohl für den Fall, daß die zweite Ehefrau des Erblassers noch am Leben, als für den Fall, daß sie bereits verstorben wäre, reguliren wollen, so kann man auch nur annehmen, daß beide Fälle einander völlig gleich zu behandeln seien, daß mithin die Rücksicht auf die überlebende

Digitized by Google

Wittwe ohne Einfluß auf die Größe der beiderseitigen Erbantheile bleiben müsse. Denn unter jener Voraussetzung würde sich der fragliche Artikel unmittelbar an die Vorschrift der älteren hamburger Statuten

vom Jahre 1270. III. 17.
„ „ 1292. E. XV.
„ „ 1497. J. XVII.*)

anschließen, nach welchen, so lange die Kinder erster Ehe noch nicht abgesondert waren, die väterliche Erbschaft ebenfalls schon bei Lebzeiten der zweiten Ehefrau getheilt werden sollte, jedoch immer in zwei gleiche Hälften, von denen die Eine den Kindern erster Ehe, die Andere der überlebenden Wittwe nebst ihren Kindern zufiel. Die Abweichung der neuesten hamburger Statuten von diesem älteren Rechte würde alsdann nur darin zu finden sein, erstens, daß nunmehr nur noch unter übrigens gleichen Umständen, d. h. bei gleicher Kinderzahl aus beiden Ehen, auch gleiche Hälften gemacht werden, sonst aber die Größe des beiderseitigen Antheils sich nach der Kopfzahl richten muß; und zweitens, daß das Eingebrachte beider Ehefrauen jedenfalls von der Theilung ausgenommen bleibt. Die Annahme dagegen, daß die neuesten Statuten auch noch eine dritte Abänderung des älteren Statutarrechts eingeführt hätten, indem sie bei dieser Theilung nach Häuptern unter den beiderseitigen Kindern, auch der zweiten Ehefrau einen besonderen Kopftheil zugewendet hätten, würde theils den Grundsatz: daß correctorische Gesetze stricte zu interpretiren seien, gegen sich haben, theils den Umstand, daß eine solche Erbtheilung nach Kopfzahl zwischen Eltern und Kindern dem hamburgischen Rechte übrigens ganz unbekannt ist,

Art. 4, 6, ibid.

theils endlich die Rücksicht, daß hier überhaupt noch gar nicht von einer gänzlichen Auflösung der väterlichen Erb-

*) Lappenberg, hamburgische Rechts-Alterthümer, 1845. S. 20. 119. 261.

Digitized by Google

schaft in bestimmte Quoten unter sämmtliche Erben, sondern nur von einer vorläufigen Absonderung des Antheils der Kinder erster Ehe die Rede sein kann, wobei der Rest dieser Erbschaft nebst dem Eingebrachten der zweiten Ehefrau dieser Letzteren und ihren Kindern als ungetheiltes Sammtgut verbleiben würde. Denn einerseits führt schon die Stellung und innere Anordnung des Artikels 4 darauf hin, daß in demselben zunächst nur bestimmt werden sollte, wie viel von der väterlichen Erbschaft den nicht abgesonderten Kindern erster Ehe verfangen bleibe, d. h. wie viel der Vater ihnen nothwendig hinterlassen müsse; und andererseits hat der Artikel 5. ibid. ganz ausdrücklich jede Wittwe, so lange sie unverehlicht bleibt und wohl Haus hält, von der Verpflichtung frei gesprochen, mit ihren Kindern zu theilen, so daß es durchaus unzulässig sein würde, diese Befreiung solchen Wittwen, welche neben ihren eigenen Kindern auch noch abgesonderte Stiefkinder hätten, gänzlich absprechen zu wollen. Bei dem sonach ihr verbleibenden Sammtgute aber würde demnächst kein anderes Theilungsprincip zwischen ihr und ihren eigenen Kindern gelten können, als das im Art. 6. ibid. vorgeschriebene, welches ihr mindestens den dritten Theil am Ganzen zusichert.

B. Wenn man dagegen von der Voraussetzung ausgeht, daß der fragliche Artikel 4 der Statuten nur den Fall vor Augen gehabt habe, daß auch die zweite Ehefrau des Erblassers bereits verstorben wäre, — was allerdings der wörtlichen Fassung der hinzugefügten Clausel:

„mit den Kindern anderer Ehe, wenn dieselben gleichergestalt ihrer Mütter Güter vorausgenommen"

am nächsten entsprechen würde; — so dürfte sich der auffallende Umstand, daß die Statuten alsdann von zweien möglichen Fällen nur einen, und zwar den selteneren und in den älteren Statuten nicht wörtlich erwähnten, (daß nämlich der Erblasser auch seine zweite Ehefrau überlebt hätte) entschieden, den anderen, häufigeren, und in den älteren Statuten ausdrücklich erwähnten, hingegen ganz über-

Digitized by Google

gangen hätten, kaum anders erklären lassen, als durch die Annahme, daß es in diesem zweiten Falle bei der obengedachten Bestimmung des Artikels 5 der Statuten durchweg verbleiben, und der Wittwe auch ihren Stiefkindern gegenüber das Recht zustehen solle, im ungetheilten Sammtgute sitzen zu bleiben. Diese Auslegung der Artikel 4 und 5 ist nun zwar in der vorliegenden Sache bereits durch zwei conforme Entscheidungen rechtskräftig verworfen worden; allein es versteht sich von selbst, daß diese Rechtskraft nicht zu anderweitigen Folgerungen aus den Statuten nöthigen kann, welche an sich unhaltbar wären. Nimmt man dies aber als die eigentliche Absicht der Statuten an, so kann auch in denselben nicht weiter daran gedacht worden sein, der zweiten Ehefrau einen Kopftheil an dem Vermögen ihres Ehemannes zuzusprechen.

II. Eben so wenig aber würde das von den Beklagten aufgestellte Princip aus subsidiarischen Gründen, weder nach andern Artikeln der hamburgischen Statuten, noch nach der Analogie fremder Statutarrechte, noch auch nach bloßen Rücksichten der Billigkeit zu rechtfertigen sein. Wenn nämlich

A. in dieser Beziehung vorzüglich noch der

Art. 8. Stat. III. 3.

angeführt ist, weil derselbe der kinderlosen Wittwe die Hälfte der ganzen Erbschaft zutheilt und weil man es für unbillig gehalten hat, daß die beerbte Wittwe weniger erhalten sollte, als die kinderlose, so ist diese Rücksicht aus dem zwiefachen Grunde nicht entscheidend, weil erstens die kinderlose Wittwe ihr Eingebrachtes nicht voraus erhält, wie die beerbte Wittwe zweiter Ehe, und weil zweitens die Letztere hier keinesweges durch ihre eigenen, sondern nur durch ihre Stiefkinder beschränkt wird, wenn sie wirklich weniger als die Hälfte des bisherigen ehelichen Sammtgutes erhält, so daß auch durch die Zuweisung eines Kindestheils ihr nur ein unsicherer und zufälliger Ersatz gesichert bliebe. Unter übrigens gleichen Umständen hingegen, d. h. wenn die Zahl ihrer eigenen Kinder eben so groß

Digitized by Google

wäre als die ihrer Stiefkinder, würde sie vor der kinderlosen Wittwe immer noch durch den Vorzug ihres Eingebrachten begünstigt bleiben; und gerade der jetzt vorliegende Fall gehört am wenigsten zu denjenigen, in welchen von einer unbilligen Zurücksetzung der beerbten Wittwe die Rede sein darf, da sie auch nach dem vom Kläger aufgestellten Princip außer ihrem Eingebrachten noch jedenfalls zwei Drittel des väterlichen Nachlasses für sich und ihre eigenen Kinder behalten darf.

B. Anlangend sodann die Analogien anderer statutarischen Rechte, so hat es zwar seine Richtigkeit, daß die neuesten lübischen Statuten

Lib. II. tit. 2. art. 28*)

allerdings ausdrücklich das von den Beklagten aufgestellte Princip aussprechen, wie denn auch die bremer Statuten

Stat. IV. vom Jahre 1303.
Stat. VIII. „ „ 1433.
bei Oelrichs, p. 22, 23, 452, 453.

wenigstens von den Auslegern des bremischen Rechts eben dahin verstanden werden,

Donandt, Geschichte des bremer Stadtrechts. Th. II. S. 208.
Berck, bremisches Güterrecht der Ehegatten. S. 337, besonders Note 344 und 369.

Allein ein directer Einfluß dieser Statuten auf das hier in Frage stehende eheliche hamburgische Erbrecht läßt sich deswegen nicht annehmen, weil die Grundprincipien dieser fremden Rechte in Ansehung des ehelichen Erbrechts von dem hamburgischen, welches sich hierin vielmehr auf das ältere ham-

*) — — „Wenn die Frau verstirbet und der Mann nimmt ein ander Weib und zeuget abermal Kinder, und verstirbet auch, so nehmen die Kinder der ersten Ehe ihrer Mutter Gut, und die andere Frau auch ihr zugebrachtes Gut, und theilen alsdann ihres Vaters Gut, die Wittwe mit den ersten und andern Kindern nach Hauptzahl."

Digitized by Google

burgische Recht gründet, wesentlich verschieden sind, wie denn eben deshalb auch die ausdrücklich für den Kläger sprechende Vorschrift der Nürnberger Reformation,

Tit. XXXIII. Gesetz VII.

gar nicht in Betracht kommen kann; und im Übrigen kann als vorherrschendes Princip der meisten benachbarten Statuten nur der auch schon im älteren hamburgischen Rechte bestimmt enthaltene Grundsatz betrachtet werden, daß auf die Theilung der väterlichen Erbschaft unter Kindern zweier Ehen der Umstand, ob die zweite Ehefrau noch am Leben ist oder nicht, keinen wesentlichen Einfluß äußert. Hieher gehören namentlich

1. die Goslarischen Statuten
   lib. I. art. 84 bei Leibnitz Scriptores rer. Brunovicens. T. III. p. 488.
   vgl. mit den Goslarischen Rechtsschreiben, in Bruns Beiträgen. S. 192. No. 29.
2. das ältere Recht der Stadt Braunschweig,
   Leges Brunovicenses IV. art. 5. 23 bei Leibnitz a. a. O. P. III. p. 442, 443.
3. noch entschiedener lautet hierüber das Lüneburger Recht, sowohl das ältere,
   Dreyer, Nebenstunden, p. 366, 367, art. 9, 10.
als das neuere, Th. 6. tit. 2, 3,
   Pufendorf obs. T. IV. Append. p. 738.
womit
4. auch das Otterndorfer Statut, art. 11. Absatz „Verstarwe aber"
   Pufendorf obs. T. II. App. § 175.
übereinstimmt.

C. Anlangend endlich die allgemeinen Billigkeitsgründe, so ist in dieser Beziehung von den Beklagten nur noch angeführt worden, daß es eine Härte gegen die zweite Ehefrau sein würde, sie von dem Vermögen ihres Ehemannes gänzlich auszuschließen, obwohl sie auch durch ihren Fleiß zu dessen Vermehrung beigetragen haben könne. Allein ab-

Digitized by Google

gesehen davon, daß nach dem bereits Ausgeführten nichts weniger, als ein solcher gänzlicher Ausschluß der Ehefrau stattfindet, wenn auch kein besonderer Kindestheil abgezogen wird, so würde diesem Billigkeitsgrunde jedenfalls schon der Umstand entgegenstehen, daß auch die erste Ehefrau, für welche doch kein gleicher Abzug eines Kopftheils den Kindern erster Ehe zu Gute kommt, sich möglicherweise dieselben Verdienste um die Vermehrung des ehelichen Vermögens erworben haben könnte.

Demnach kann

III. nur noch die Frage übrig bleiben, ob etwa ein besonderes Gewohnheitsrecht anzuerkennen sei, welches den Ansprüchen der Beklagten günstig wäre. In dieser Beziehung ist nun bisher bereits Folgendes in Betracht zu ziehen gewesen.

A. drei Präjudicate, von welchen das älteste ein Senatsdecret vom 5. Juni 1699 ist,

siehe Schaffhausen diss. de jure sing. foem. Hamb. cap. 2. § 26. a. E.,

das zweite ein Niedergerichts-Erkenntniß vom 12. März 1832 in Sachen Hatje c. Hatje,

siehe Westphalen zu Gries Commentar. Bd. II. S. 270, 271 in der Note,

das dritte ein ganz neues, von den Beklagten allegirtes Prätur-Erkenntniß in Sachen Mein c. Theis.

Allein von diesen Präjudicaten ist das erste und dritte seinem eigentlichen Inhalte nach noch nicht näher nachgewiesen, das zweite aber wird durch das direct widersprechende Niedergerichts-Erkenntniß in der gegenwärtigen Sache sehr geschwächt.

B. das Zeugniß des Obergerichts, so wie mehrere ältere Schriftsteller, daß es in Eheverträgen, Testamenten, Erbvergleichen und ähnlichen Acten sehr üblich sei, der Wittwe einen Kindestheil voraus zuzusichern oder nachträglich anzuweisen.

Digitized by Google

Auch dieser Umstand ist an und für sich zwar sehr erheblich, aber doch keineswegs ganz entscheidend. Denn darin, daß solche Verabredungen so häufig erst besonders festgesetzt worden sind, spricht sich auch zugleich ein Geständniß aus, daß es noch solcher besonderen Bestimmungen bedürfe; wie denn namentlich

v. d. Fecht ad art. 4. cit. in thesaur. juris provinc. T. I. p. 942.

solche Dotalvorträge ziemlich deutlich als Abweichungen von der gesetzlichen Vorschrift bezeichnet.

Endlich

C. ist auch die Mehrzahl der Schriftsteller über das hamburgische Recht darüber einverstanden, daß es am angemessensten sei, der zweiten Ehefrau bei der Erbtheilung einen Kindestheil zu überlassen, indem zu den von Westphalen zu Gries a. a. O.

angeführten Autoren auch noch

Klefeker, hamburgische Gesetze. Th. IV. § 200. S. 487, 488, vergleiche mit S. 367, 368.

und einigermaaßen auch

Amsink, de successione liberorum separatorum Gött. 1774. § IX. Not. 3.

hinzukommt.

Allein theils sind diese Schriftsteller, welche die Zweifelhaftigkeit der Rechtsfrage fast ohne Ausnahme anerkennen, in der Begründung ihrer Ansicht von offenbar irrigen Rechtsbegriffen ausgegangen, theils begnügen sie sich, dieselbe als ein bloßes Auskunftsmittel wegen Zweifelhaftigkeit der gesetzlichen Bestimmungen zu billigen, wie denn in der That auch andere Schriftsteller

v. d. Fecht a. a. O.

J. J. Müller ibid. p. 795—799.

dabei stehen bleiben, die vertragsmäßige Erledigung der Sache anzuempfehlen. Da nun überdies noch andere Autoren sich ausdrücklich für die entgegengesetzte theoretisch richtigere Meinung erklären, namentlich

Digitized by Google

die Göttinger Juristen-Facultät in einem Responsum bei J. G. Böhmer electa jur. civ. T. II. p. 593.

Gries, Commentar. Th. II. S. 267—272.

Westphalen in der Note zu Gries a. a. O.

so kann das in Frage stehende Gewohnheitsrecht ohne weitere Beweise nicht für entschieden angenommen werden, zu welchen Beweisen aber, nach der processualischen Lage der vorliegenden Sache,*) die Beklagten gegenwärtig nicht mehr zugelassen werden können.

29.

Dr. Haller mand. nom. **J. E. Ruding & Sons** in London, Kläger, gegen **Anderson Höber & Comp.**, Beklagte.

Irrthum bei Verträgen, resp. in den Beweggründen und über die Substanz beim Kaufcontracte. Rechtsfall. A. H. & Comp. hatten für Rechnung von R. & S. mehrere Getraideankäufe gemacht, bei denen sich später ein Verlust herausstellte. Bei einer zwischen beiden Theilen gepflogenen Unterhandlung erboten sich A. H. & Comp. das Getraide gegen eine ihnen zu machende Vergütung für eigene Rechnung zu übernehmen. Diese Vergütung wurde demnächst auf die Summe von 1500 £ vereinbart. Zu dieser Summe gelangten die Parteien, indem sie den Belauf der Ankäufe auf 6000 £, die an A. H. & Comp. zu leistende Vergütung auf 25 Procent veranschlagten. Gleichwohl wurden nicht diese Factoren selbst, sondern die vorhin angegebene Summe durch den Contract ausdrücklich festgestellt. — Später zeigte es sich, daß der

*) Nämlich, weil die beklagtische Partei ursprünglich den in Rede stehenden Kopftheil überhaupt nicht geltend gemacht hatte, und weil von ihr ein Gewohnheitsrecht der angegebenen Art, auch später nicht behauptet, insbesondere der Beweis desselben nicht angeboten worden war.

Digitized by Google

Belauf von 6000 £ um ein Bedeutendes zu hoch veranschlagt gewesen sei, und R. & S. verlangten deßhalb Ermäßigung der £ 1500 um ein Viertel desjenigen Betrages, um welchen die £ 6000 den richtigen Belauf überschritten hatten.

— — Im entschiedenen Falle lag ein Irrthum nicht etwa über Beweggründe, sondern über die Quantität des Vertragsobjectes vor, der mithin die Reduction der vereinbarten Vergütungssumme motivirte.

— — Analogie der über den Kaufcontract geltenden Regeln. — Ist von dem Verkäufer eine bestimmte Quantität des Verkaufsobjectes angegeben worden, welche sich nachher nicht vorfindet, so ist der Käufer berechtigt, eine entsprechende Minderung des Kaufpreises zu verlangen und zwar nicht bloß dann, wenn der Kaufpreis ad pondus vel mensuram, sondern auch wenn derselbe in einer bestimmten Summe festgesetzt worden ist. Dies findet schon bei einfacher Angabe der Quantität, beim bloßen dicere oder pronuntiare, ohne ausdrückliches promissum Statt. Gleiche Grundsätze gelten beim Ädilitischen Edicte.

Aus den Entscheidungsgründen zum Ober-Appellationsgerichtlichen Erkenntnisse vom 24. December 1840.

Anlangend den Posten von 1500 £, so gehen hier die Behauptungen der Kläger dahin, von den Beklagten, namentlich von dem Mitbeklagten Anderson, seien in den der Übereinkunft vom 28. März 1837 vorangegangenen Verhandlungen der Betrag ihrer für die Kläger gemachten Getraideeinkäufe zu 6000 £ und die Preisverminderung zu 25 % angegeben worden, und hierauf habe der Associé der Kläger, Rodgers Ruding, unter Zugrundelegung dieser Angaben, indem er nämlich gesagt, er wolle den jetzigen Verlust tragen, und zugleich vor den Augen der Beklagten auf einem Papiere die Summe von 6000 £ mit 4 dividirt oder, genauer, die Zahlen

£ 6000,
25 %

£ 1500

Digitized by Google

aufgeschrieben, mit den Beklagten die Übereinkunft geschlossen, daß sie gegen Empfang von 1500 £ die für Rechnung der Kläger contrahirten Einkäufe für ihre eigene Rechnung übernehmen sollten: nachher habe sich aber gezeigt, daß jene Angabe des Betrages zu 6000 £ in einer sehr erheblichen Maaße zu hoch gewesen sei, und daher sei die versprochene Summe aus dem Grunde des Irrthums oder eventualiter des dolus zu reduciren.

Wenn nun diese Behauptungen der Kläger factisch richtig sind, so erscheint der Antrag auf eine Reduction allerdings, und zwar schon aus dem Gesichtspunkte des Irrthums als rechtlich begründet, obgleich die Übereinkunft vom 28. März 1837 nicht über gewisse Procente von dem Betrage der Einkäufe, sondern rein und unbedingt über die Summe von 1500 £, abgeschlossen worden ist. Denn da der hier vorliegende Vertrag darin besteht, daß einerseits die Beklagten die Kläger von allen Verbindlichkeiten aus den für Rechnung der Kläger contrahirten Einkäufen überirten, und andererseits die Kläger den Beklagten dafür die Summe von 1500 £ zu bezahlen versprachen, so war die Liberation der Kläger von jenen Verbindlichkeiten — nämlich von den Zahlungen, welche sie wegen der fraglichen Einkäufe an die Beklagten hätten leisten müssen — der Gegenstand, welchen die Kläger erhielten, und die Summe von 1500 £ der Preis, den sie dafür bezahlten; wenn also die Kläger in einem Irrthum über den Betrag jener Einkäufe gewesen sind, so war dies nicht bloß ein Irrthum in den Bewegungsgründen, sondern ein Irrthum über die Quantität des Vertragsobjectes und ist analogisch nach denjenigen gesetzlichen Bestimmungen zu beurtheilen, welche sich beim Kaufcontracte für den Fall finden, wenn der Käufer über die Quantität der gekauften Sache im Irrthume war. Hiernach nun aber kann in diesem Falle der Käufer, sobald bei dem Handel von dem Verkäufer eine gewisse Quantität angegeben worden, welche sich nachher nicht vorfindet, eine Reduction des Kaufpreises verlangen,

Digitized by Google

nicht bloß wenn der Kaufpreis nach Zahl, Maaß und Gewicht, sondern auch, wenn solcher in einer Summe festgesetzt ist, und nicht bloß dann, wenn der Verkäufer jene Quantität besonders garantirt, sondern auch, wenn er dieselbe nur einfach angegeben hat. Dies geht hervor aus der

L. 2. pr. L. 4. § 1. L. 6. § 4. L. 13. § 14. L. 22. L. 42. Dig. de action. emt. et vend. 19. 1.

L. 69. § 6. Dig. de evictionibus. 21. 2.

worin durchgängig zur Begründung jener Befugniß des Käufers nur ein dicere oder pronuntiare von Seiten des Verkäufers erfordert wird, so wie aus der Analogie der ganz ebenso gefaßten

L. 9. C. de action. emt. et vend.

und das edictum aedilitium, wonach der Verkäufer hinsichtlich der Eigenschaften der Sache gleichfalls nicht bloß aus einem promissum, sondern auch aus einem dictum verhaftet ist;

L. 1. pr. L. 17. § 20. L. 52. Dig. de aedilit. edict. 21. 1.

und dafür hat sich denn auch jetzt die Meinung der Rechtslehrer entschieden erklärt:

Sande decision. Frisic. L. 3. tit. 4. def. 6.
Stuber praelect. jur. civ. L. 18. t. 1. § 8.
Cocceji jur. civ. controv. L. 18. t. 1. qu. 8.
Strube, rechtliche Bedenken. Th. 1. No. 69.
Pufendorf observation. t. 1. obs. 132. § 3. 4.
Glück, Erläuterung der Pandecten. Th. 16. p. 85. flg.
Thibaut, Pandectenrecht. § 459. (8. Ausgabe.)

Digitized by Google

30.

Dr. A. G. Behrmann, Dr. J. F. Voigt und Procurator **L. B. Piehler** als Curatores bonorum und Procurator Concursus des **Johann Heinr. Conrad Schwenger**, Kläger, gegen **Johann Heinrich Christoph Meyne**, Beklagten.

Beweiskraft der hamburgischen Stadt-Erbe- und Rente-Bücher. Gegenbeweis gegen einen inscribirten Posten. Eintragung kurz vor dem Fallissemente des Schuldners. Rechtsfall. Der Fallit S., welcher überführt war, verschiedene fraudulöse Übertragungen von Activis an Nicht-Creditoren kurz vor seinem Fallissemente gemacht zu haben, hatte auch zu dem späteren Beklagten, M., in rechtlichen Beziehungen gestanden. — Von einem Posten von Spec.ℳ 1000, welchen er in einem Erbe des M. besessen hatte, zeigte es sich, daß selbiger kurz vor dem Fallissemente getilgt worden sei; ferner fanden die Curatores bonorum, daß dem M., ebenfalls kurz vor dem Fallissemente, ein Posten von Spec.ℳ 3000 in ein Erbe des Falliten eingeschrieben sei, ohne daß die Bücher des letzteren eine Nachweisung darüber enthielten, daß dem Falliten um die in Betracht kommende Zeit der Belauf des getilgten und des neu eingeschriebenen Postens von zusammen Spec.ℳ 4000, oder circa Crt.ℳ 5000, von dem M. vergütet worden sei. — M. behauptete den vollen Belauf jener Spec.ℳ 4000 dem Falliten nach und nach, theils vorschußweise, theils durch Einlösung eines von ihm verbürgten Wechsels des Falliten vergütet zu haben. Er legte über sein Rechnungsverhältniß zum Falliten ein Conto Courant vor, welches indessen, nach Anrechnung der getilgten Spec.ℳ 1000, auf den Tag der Einschreibung der Spec.ℳ 3000 nur noch eine Forderung von Crt.ℳ 2385 nachwies, während der Rest der Valuta theils in jenem Wechselbelaufe, theils durch später geleistete Zahlungen vergütet sein sollte. — Die Curatores bonorum fochten die Einschreibung der Spec.ℳ 3000 an, und verlangten Beweisführung von dem M., daß der Fallit zu der Zeit, wo dieselbe geschehen, ihm Spec.ℳ 3000 schuldig gewesen sei. — Die erste Instanz entsprach diesem Antrage der Curatores bonorum; das Obergericht erklärte die letzteren für insofern beweispflichtig, daß sie die Nichtzahlung der Valuta darzuthun hätten; das Ober-Appellationsgericht trat dem Obergerichte bei, jedoch unter

Digitized by Google

der Modification, daß der Beklagte die Richtigkeit der nach der Einschreibung entstandenen, also über jene Crt.ℳ 2385 hinausreichenden Pöste zu beweisen habe.

— — Die hamburgische Stadtbuchführung genießt eines vollen Glaubens. Insonderheit enthält die Zuschreibung eines Hypothekpostens im Rentebuche ein so bündiges Schuldbekenntniß, daß nach der Strenge des geschriebenen Rechtes selbst der Beweis der Nichtschuld als ausgeschlossen behandelt werden müßte. Gleichwohl verstattet die Praxis denselben.

— — Nicht nur der weitere Erwerber eines Hypothekpostens wird in vorgedachter Weise geschützt, sondern auch im Verhältnisse zu Demjenigen, welchem der Posten ursprünglich zugeschrieben worden ist, gelten dieselben Regeln.

— — Wenngleich nach der hamburgischen Praxis solchen Quittungen oder Schuldbekenntnissen, welche augenscheinlich mit Rücksicht auf ein bevorstehendes Fallissement zu Gunsten eines Andern ausgestellt worden sind, Beweiskraft versagt zu werden pflegt, so kann doch nicht angenommen werden, daß diese Praxis sich auch auf die privilegirten Schuldbekenntnisse des Rentebuches erstrecke.

— — Im entschiedenen Falle, in welchem die Angaben des Beklagten dahin gingen, daß ein Theil der inscribirten Summe dem Debitor erst nach der geschehenen Eintragung des Postens vergütet sei, wurde in Betreff dieses Belaufes der Beklagte für beweispflichtig erklärt.

Erkenntniß des Patronats der Vorstadt St. Georg vom 17. August 1839.

Erkannt:

— —

da der Beklagte behauptet, daß er von dem Falliten 5205 ℳ 6 ß Courant zu fordern gehabt habe, und daß, nachdem hierauf 1252 ℳ Courant durch Tilgung eines dem Falliten in einem Erbe des Beklagten versichert gewesenen Hauspostens abgetragen worden, der Rest am 8. September 1838 durch Einschreibung des Postens von Spec.ℳ 3000 zu des Beklagten Gunsten in des Falliten Erbe bezahlt sei,

Digitized by Google

nun aber die curat. nomine Kläger die Existenz der gedachten Forderung in Abrede stellen, der Beklagte zu erweisen schuldig sei,

daß der Fallit Schwenger ihm am 8. September 1838 den Betrag von Spec.ℳ 3000 oder wie viel weniger schuldig gewesen sei.

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 27. Januar 1840.
(Auf beklagtische Supplication.)

Erkannt:

da die Zuschreibung eines Postens im Stadtrentebuche zugleich als Quittung über die bezahlte Valuta anzusehen, die Beweislast daher den curat. nomine Klägern zuzutheilen ist; indem der Umstand, daß nach des Beklagten Behauptung der Posten zur Bezahlung einer ihm an Schwenger zuständig gewesenen Forderung zugeschrieben sei, darin eine Änderung zu bewirken nicht vermag;

daß das Patronats-Erkenntniß a quo vom 17. August 1839 aufzuheben und die curat. nomine Kläger zu beweisen schuldig seien:

daß der Beklagte für den fraglichen Posten von Spec.ℳ 3000 keine Valuta, oder wie viel weniger als die volle Valuta, bezahlt habe.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß
vom 31. December 1840.
(Auf klägerische Appellation.)

Erkannt:

daß die Formalien der Appellation für gewahrt zu achten, auch, Materialien anlangend, die in dem Erkenntnisse des Obergerichtes der Freien Hansestadt Hamburg vom 27. Januar dieses Jahres enthaltene Beweisauflage der nicht gezahlten Valuta, wie hiemit geschieht, zwar bis zum Belauf von Crt.ℳ 2385 zu bestätigen, so viel aber den Rest des

Digitized by Google

streitigen Hauspostens zum Belauf von Crt. ℔ 1371 anbelangt, vielmehr Beklagter in demselben Beweistermin sub poena desertionis et reprobatione salva zu beweisen schuldig sei:

daß die in seiner Rechnung, Anlage A zur Vernehmlassung, aufgeführten, dem Falliten seit dem 8. September 1838 bis zu seiner Insolvenz-Erklärung gemachten Vorschüsse, so wie die darin aufgeführte Wechselzahlung an den Procurator Römer, ganz oder zum Theil ihre Richtigkeit haben;

wobei ebenfalls beiden Parteien die Mitbenutzung des bereits Beigebrachten und Angeführten in quantum de jure vorbehalten bleibt.

Die Kosten dieser und der vorigen Instanz sind gegen einander aufzuheben.

Entscheidungsgründe.

Im Allgemeinen, und abgesehen von den eigenthümlichen Nebenumständen des vorliegenden Falles, läßt es sich nicht bezweifeln, daß die Anfechtung eines im hamburgischen Stadtbuche förmlich zugeschriebenen Pfandpostens einen durchaus bündigen Beweis der Nichtschuld erfordert. Denn das hamburgische Statutarrecht

Art. 3. P. I. Tit. 30. Stat. verbunden mit der modificirenden Vorschrift des Recesses vom Jahre 1618,

und Art. 4. Stat. P. II. Tit. 4.

hat dem Stadt-Rentenbuche eine so unbedingte Beweiskraft beigelegt, daß selbst der Mangel einer Angabe der causa debendi und die Privilegien der Exceptio non numeratae pecuniae die Glaubwürdigkeit des in der Zuschreibung eines Hauspostens enthaltenen öffentlichen Schuldbekenntnisses nicht vermindern, und den Pfandgläubiger zu keinem weiteren Beweise seiner Forderung nöthigen können; während andererseits über die Statthaftigkeit eines Gegenbeweises

Digitized by Google

und die dabei zulässigen Beweismittel nach der buchstäblichen Fassung jener Gesetze wohl noch gezweifelt werden kann.

Juristische Abhandlungen. Band I. S. 371—379.

Gries Commentar zum hamburgischen Stadtrechte. Th. I. S. 281—289.

Daß aber der, durch eine entschiedene Praxis allerdings im Allgemeinen zugelassene Gegenbeweis gegen solche Hauspöste immer ein besonders-bündiger sein müsse, das ist vom Ober-Appellationsgerichte auch schon früher in mehreren Sachen ausgesprochen worden,

zur Sache Loges c. Böhrt im October 1835,

und zur Sache Kagel c. Zehnten-Amt im November 1839.

Dabei läßt sich denn auch keineswegs dem Anwalt der Kläger zugeben, daß jene unbedingte Beweiskraft des Stadt-Rentenbuchs nur dritten Inhabern des Pfandpostens zu Gute komme, während der erste ursprüngliche Gläubiger sich, so viel den Beweis der Richtigkeit seiner Forderung betreffe, ganz den Regeln des gemeinen Prozesses unterwerfen müsse; denn die obgedachten Gesetze machen einen solchen Unterschied durchaus nicht, vielmehr sind sie offenbar zunächst gerade auf den ursprünglichen Gläubiger, und nur erst folgerungsweise auch auf dessen Singularsuccessoren zu beziehen.

Demnach kann es also nur auf die Frage ankommen, ob in den eigenthümlichen Nebenumständen des vorliegenden Falles Gründe enthalten sind, welche eine Abweichung von jenen statutarischen Vorschriften zu rechtfertigen vermögten. In dieser Hinsicht haben aber die Kläger Folgendes geltend zu machen gesucht:

I. die bald nach der Zuschreibung erfolgte Insolvenz-Erklärung des Schuldners. In dieser Beziehung mag es nun wohl allerdings seine Richtigkeit haben, daß nach einer entschiedenen hamburger Praxis solche Quittungen oder Schuldbekenntnisse, welche ganz augenscheinlich mit Rücksicht

Digitized by Google

auf ein bevorstehendes Fallissement zu Gunsten eines Anderen ausgestellt worden sind, aller Beweiskraft entbehren; allein theils ist es sehr die Frage, und nicht einmal wahrscheinlich, daß diese Praxis sich auf die privilegirten Schuldbekenntnisse des Stadt-Rentenbuches erstrecke, theils ist in dem hier vorliegenden Falle eine so handgreifliche und ganz unzweifelhafte Beziehung der Hypotheken-Zuschreibung zu dem Fallissement für jetzt noch gar nicht erwiesen, da zwischen Beiden noch ein voller Monat verstrichen ist, und da andererseits zu Gunsten des Beklagten so viel feststeht, daß die Hypotheken-Zuschreibung gar nicht früher hätte erfolgen können, indem erst vier Tage zuvor, am 4. September 1838, die Clausel getilgt worden ist, welche bis dahin dem verstorbenen Schwenger jede höhere Beschwerung seines Grundstückes unmöglich gemacht hatte.

II. legen die Kläger ein sehr starkes Gewicht auf die sonstigen, theils eingestandenen, theils erwiesenen Unterschleife bei dem vorliegenden Fallissemente, bei denen namentlich auch der Beklagte sehr schwer gravirt erscheine; und in der That müssen diese selbst strafbaren Proceduren auch den jetzt in Frage stehenden Hypothekenposten von Spec. ℔ 3000 verdächtig machen, zumal da das von dem Beklagten zu seiner Rechtfertigung producirte Conto Courant schon an sich nicht nur durch den Mangel aller Zinsberechnung, wie auch aller Abschlags-Zahlungen von der anderen Seite für die angeblich dem Falliten vorgestreckten Summen Mißtrauen erweckt, wenn man damit die eigene Darstellung des Beklagten in seiner Vernehmlassung erster Instanz vergleicht, — sondern auch sogar den positiven Beweis liefert, daß die Forderung des Beklagten zur Zeit der Hypothekbestellung noch keine Spec. ℔ 3000 betragen habe, wie solches noch hernach zu zeigen sein wird. Allein für jetzt ist doch noch nicht alles erwiesen, was die Kläger in dieser Beziehung geltend machen wollen, wie sich denn namentlich bei den angeblichen Geständnissen des verstorbenen Falliten auch noch erst fragen würde, ob er die zu Gunsten des Beklagten

Digitized by Google

ausgestellten Urkunden und Schuldbekenntnisse insgesammt, oder nur theilweise für erdichtet erklärt habe; und überdies ist auch nicht alles Angeführte gleich erheblich, wie dies schon vorhin in Ansehung der fraudulösen Veräußerungen an die eigenen Kinder des Falliten bemerkt worden ist. Es sind also bisher nur starke Indicien, nicht aber vollgültige Beweise für die Behauptung der Kläger beigebracht worden; und wenngleich ein solches Verhältniß da, wo der Richter über die Beweislast nach den factischen Umständen des einzelnen Falles arbiträr zu bestimmen hat, schon für sein Beweisinterlocut entscheidend werden darf, so kann dasselbe doch in solchen Fällen, für welche die Beweislast gesetzlich oder durch feste Rechtsregeln vorgeschrieben ist, noch nicht genügen, um diese Beweislast auf den Gegner zu übertragen.

III. Wenn endlich die Kläger anführen, daß der ihnen auferlegte Beweis auch schon durch das eigene Geständniß der Beklagten überflüssig geworden sei, so ist dies in dem eigentlich von ihnen gemeinten Sinne wieder ganz unzutreffend; denn darauf allein, daß der Beklagte einräumt, den Belauf des streitigen Hauspostens weder in baarem Gelde, noch in Banco zur Zeit der Zuschreibung ausbezahlt zu haben, vielmehr bestimmt behauptet, denselben zur Sicherheit für Forderungen aus laufender Rechnung erhalten zu haben, kann es hiebei nicht ankommen, indem es eine ganz verkehrte Ansicht der Kläger ist, als habe das Obergericht unter dem ihnen auferlegten Beweise der gezahlten Valuta lediglich eine eigentliche Zahlung von jener erstgedachter Art gemeint. Das Irrige dieser Ansicht ergiebt sich schon ganz klar aus den obergerichtlichen Entscheidungsgründen, worin vielmehr gerade die Behauptung des Beklagten, daß ihm der Posten zur Bezahlung einer ihm zuständig gewesenen Forderung zugeschrieben worden, als der von den Klägern in ihrer Beweisführung zu widerlegende Punkt bezeichnet wird; sodann aber würde auch selbst bei einer zweideutigeren Fassung des vorigen Erkenntnisses doch jene Be-

Digitized by Google

weisauflage nur in dieſem letzteren Sinne genommen werden dürfen, weil richterliche Erkenntniſſe ex jure zu interpretiren ſind. Denn auf die Schwierigkeiten ſolcher Beweiſe in einzelnen Fällen kann es, bei der ganz generellen geſetzlichen Vorſchrift des hamburgiſchen Rechts gar nicht ankommen, und eben ſo wenig leidet der Grundſatz des gemeinen Rechts, daß Pfandrechte nicht bloß für gleichzeitig entſtandene, ſondern auch für ältere und ſelbſt für künftige Forderungen beſtellt werden dürfen, bei den förmlich zugeſchriebenen Hausp̈oſten in Hamburg irgend eine Ausnahme. Nur in ſofern ſind dieſe verſchiedenen Fälle in ihren Wirkungen einander nicht gleich, als die Hypothekenbeſtellung für eine erſt künftig zu contrahirende Schuld ſchon nach der Natur der Sache kein Bekenntniß des Schuldners darüber enthalten kann, daß das Geſchäft, in Beziehung auf welches die Hypothek beſtellt worden, auch ſpäter wirklich zum Vollzuge gekommen ſei.

Eben dieſe letztere Rückſicht führt nun aber allerdings dahin, in einem beſchränkteren Umfange ein den Klägern günſtigeres Geſtändniß des Beklagten anzunehmen, und dieſes auch ſofort zu berückſichtigen. Denn aus dem vom Beklagten producirten Conto Courant ergiebt ſich, daß er nach ſeinen eigenen Angaben — wenn man nämlich die ſämmtlichen dem Gemeinſchuldner bis zum 8. September inclusive angeblich geleiſteten Vorſchüſſe zuſammen rechnet und davon die zu Johannis 1838 erfolgte Tilgung von Spec.ℳ 1000 aus einem in des Beklagten Erbe geſchriebenen Hausp̈oſten als Abſchlagszahlung abzieht — an jenem 8. September, dem Tage der Zuſchreibung des ſtreitigen Poſtens, nicht mehr, wie Crt.ℳ 2385, mithin 1371 ℳ weniger zu fordern gehabt hat, als den ganzen Belauf des Poſtens von Spec.ℳ 3000, oder Crt.ℳ 3756, und da er gleichzeitig ſogar ausdrücklich erklärt hat, keine weiteren Forderungen, als die in dieſem Conto Courant verzeichneten, mithin auch keine Zinsforderung wegen der geleiſteten Vorſchüſſe an den Falliten zu haben, ſo folgt hieraus von ſelbſt, daß auch das in der

Digitized by Google

Zuschreibung des Hauspostens enthaltene öffentliche Schuldbekenntniß nur noch für die Summe von Crt. ℳ 2385 beweisend bleiben kann. Der Beklagte hat daher wegen des übrigen Betrages jenes Hauspostens seinerseits den Beweis der Richtigkeit seiner angeblich später entstandenen Forderungen zu übernehmen, wobei jedoch diejenigen Zahlungen, welche seiner eigenen Angabe zufolge erst nach Ausbruch des Fallissements an den Falliten geleistet sein sollen, sämmtlich gar nicht in Betracht kommen dürfen. Zu diesen letzteren Posten kann indessen die angebliche Einlösung eines laufenden Wechsels an den Procurator Römer vom Jahre 1839 nicht ohne Weiteres gerechnet werden, weil der Beklagte bestimmt behauptet hat, zu dieser Zahlung durch eine schon vor dem Fallissement für Schwenger übernommene Bürgschaft genöthigt gewesen zu sein.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google